

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
INSTITUTO DE ECONOMIA
MONOGRAFIA DE BACHARELADO

**Condutas Verticais e Concorrência: um Estudo das
Decisões do CADE quanto a Acordos de
Exclusividade em Shopping Centers**

Fernando Cardoso Ferraz

Matrícula: 103119883

E-mail: fernandoando@hotmail.com

Orientador: Prof. João Luiz Pondé

E-mail: ponde@ie.ufrj.br

JANEIRO 2010

As opiniões expressas neste trabalho são de exclusiva responsabilidade do(a) autor(a)

Para Patrícia

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos que participaram e contribuíram, direta ou indiretamente, para minha formação profissional e pessoal e, em particular, ao professor João Luiz Pondé cuja orientação tornou esta monografia possível.

RESUMO

Esta monografia visa estudar a aplicação da defesa da concorrência no Brasil e sua relação com a teoria econômica que aborda o tema. Com esse objetivo, analisa os votos de dois conselheiros-relatores do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) sobre casos de acordos de exclusividade praticados por um *shopping center* de São Paulo (Iguatemi), enfatizando: (i) os argumentos que sustentam os juízos dos conselheiros-relatores acerca de os acordos configurarem, ou não, práticas anticompetitivas; (ii) a relação desses argumentos com os princípios da teoria econômica aplicada à defesa da concorrência. Esse exercício permite discutir a coerência entre a teoria e a aplicação das leis antitruste no Brasil, além de indicar o estágio de maturidade em que se encontra a prática da defesa da concorrência no país.

Índice

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I - DEFESA DA CONCORRÊNCIA: ASPECTOS TEÓRICOS.	8
I.1 - INTRODUÇÃO À TEORIA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	8
I.2 - PODER DE MERCADO	8
I.2.1 -Barreiras à Entrada	9
I.2.2 -Mercado Relevante	10
I.3 - DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS	12
I.3.1 -Atos de Concentração	12
I.3.2 -Condutas Anticompetitivas	13
I.4 - CONCEITO DE EFICIÊNCIA E PRINCÍPIO DE RAZOABILIDADE	18
I.5- PASSOS DA ANÁLISE ANTITRUSTE PARA CASOS DE CONDUTAS E ATOS DE CONCENTRAÇÃO	21
CAPÍTULO II - ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE	23
II.1 - EFEITOS ANTICOMPETITIVOS DE ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE	24
II.2 - EFICIÊNCIAS ASSOCIADAS A ACORDOS DE EXCLUSIVIDADE	27
II.2.1 -Teoria dos Custos de Transação	27
II.2.2 -Tipos de Estrutura de Governança	30
II.2.3 -Eficiências Produzidas Pelos Acordos de Exclusividade	31
II.3 Os Efeitos líquidos dos Acordos de Exclusividade	34
CAPÍTULO III - ESTUDO DE CASO (ACORDO DE EXCLUSIVIDADE SIMPLES E CLÁUSULA DE RAIO)	35
III.1- O SBDC E OS PROCESSOS RELATIVOS À DEFESA DA CONCORRÊNCIA	35
III.2 – Descrição da Conduta e Condições para o Exercício de Poder de Mercado	37
III.2.1 -Descrição das Condutas	38
III.2.2 -Comprovação da Prática da Conduta	40
III.2.3Definição do Mercado Relevante	40
a) Dimensão Produto	40
b) Dimensão Geográfica	44
III.2.4 -Identificação dos Participantes do Mercado Relevante	45
III.2.5 -Forma de Remuneração Específica: Aluguel Mínimo e Aluguel Variável	46
III.2.6 -Inferência de Poder de Mercado	47
III.2.7 -Existência de Barreiras à Entrada	49
III.3-Análise dos Efeitos Líquidos sobre a Concorrência	53
a) Caso Jardim Sul vs. Iguatemi: P.A nº 08012.00001/98-82	54
b) Caso Alshop vs. Iguatemi: P.A nº 08012.006636/1997-43	62
III.4 - Convergências entre os votos dos conselheiros	67
CONCLUSÃO	69
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	72

Introdução

Esta monografia tem como objetivo estudar a aplicação da defesa da concorrência no Brasil e sua relação com a teoria econômica que trata especificamente do tema. Para tanto, o trabalho está organizado em três capítulos. O primeiro deles apresenta as bases teóricas mais gerais utilizadas pelo estudo. O segundo aborda um caso específico de conduta vertical (os acordos de exclusividade) e toda a discussão teórica que se estabelece em torno desta possível prática anticompetitiva. Por seu turno, o terceiro e último capítulo descreve e examina dois casos de acordo de exclusividade (sendo um deles um acordo de exclusividade simples e o outro uma “cláusula de raio”) praticados por um shopping center de São Paulo (Iguatemi). Para tal, toma como referência os votos relativos aos dois casos, apresentados pelos conselheiros-relatores à plenária do Conselho Administrativo de Defesa Econômica do (CADE) que, em sua decisão final, acolheu a posição dos relatores. Esse capítulo resume os argumentos utilizados pelos conselheiros em seus respectivos votos, relacionando-os aos princípios teóricos discutidos no primeiro e no segundo capítulos. Por fim, a conclusão resume os principais resultados do trabalho enfatizando em que medida os votos dos pareceristas estão coerentes com a teoria econômica que versa sobre a defesa da concorrência.

CAPÍTULO I – Defesa da Concorrência: aspectos teóricos

1.1 Introdução à teoria da defesa da concorrência

A análise dos acordos de exclusividade estabelecidos pelo *Shopping Center Iguatemi* com seus lojistas (apresentada no terceiro capítulo desta monografia) será desenvolvida sob a ótica do estudo da defesa da concorrência. Para tanto, faz-se necessário introduzir determinados conceitos e princípios que norteiam o tema.

Como sabido, políticas de defesa da concorrência objetivam preservar a formação de ambientes de negócios competitivos e, em consequência, induzir maior eficiência econômica na operação dos mercados. Regra geral, a sobrevivência de ambientes competitivos é, segundo os princípios da teoria econômica, positiva para a sociedade, devendo ser garantida e estimulada por intermédio de ações do Estado, sempre que não se estabeleça espontaneamente. No Brasil, os alicerces que fundamentam a busca de um ambiente competitivo estão contemplados na lei de defesa da concorrência (Lei 8.884/94).

A lei antitruste brasileira decorre, mais diretamente, de norma constitucional cujo alvo é reprimir “... *abuso de poder econômico que visa a dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros*” (Constituição, art.173, §4º). No campo institucional, o país conta com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e com a Secretaria de Direito Econômico do Ministério de Justiça (SDE) para a aplicação e o cumprimento da legislação antitruste.

1.2 Poder de mercado

O exame do grau de concorrência vigente em um determinado segmento da economia com base na teoria da defesa da concorrência utiliza, como um de seus conceitos fundamentais, a noção de poder de mercado. Um agente detém poder de mercado quando é capaz de restringir a produção, elevando e fixando preços acima do nível competitivo (preços superiores aos custos médios), de forma lucrativa. Ressalte-se que tal definição de poder de mercado está construída a partir de um critério geral. Como sublinha Mello (2002), na legislação brasileira o conceito de poder de mercado é praticamente intercambiável com o

conceito de “posição dominante”, entendido como uma situação na qual um agente controla uma fração fundamental de um mercado relevante, o que corresponderia a uma participação igual ou superior a 20%.

Vale enfatizar que o poder de mercado não se expressa apenas na política de fixação de preços adotada pelas empresas. De fato, as condutas anticompetitivas manifestam-se sob múltiplas formas, entre as quais aquela que será estudada mais de perto no capítulo três deste trabalho (acordos de exclusividade).

Ainda de acordo com Mello (2002), a existência de poder de mercado e a possibilidade de seu exercício são condições necessárias, contudo insuficientes, para a aplicação das leis antitruste. É certo que apenas os agentes detentores desse poder são capazes de causar danos ou restrições aos concorrentes. Entretanto, a ilicitude da ação empresarial depende da constatação de efeitos anticompetitivos gerados pelo exercício desse poder. Em decorrência, o foco de políticas de defesa da concorrência deve deslocar-se da mera existência de poder de mercado para seu uso indevido e abusivo.

A possibilidade de utilização de poder de mercado por determinada empresa em um mercado específico depende, ainda, da presença de barreiras à entrada, uma vez que na ausência das mesmas é impossível fixar preços acima dos custos médios de maneira sustentável. Sublinhe-se, ademais, que, o conceito de “poder de mercado” ou de “posição dominante” está construído com referência ao “mercado relevante”. Tais circunstâncias justificam a necessidade de se discutir, em seguida, os conceitos de barreira à entrada e de mercado relevante, de resto conceitos largamente utilizados no desenvolvimento deste trabalho.

1.2.1 – Barreiras à entrada

A literatura disponível salienta a inexistência de consenso sobre a definição do conceito de barreiras à entrada, entre os autores que tratam do tema. No entanto, de acordo com Kupfer (2002, p.112), *“todos (eles) têm em comum a ênfase conferida ao longo prazo e à*

concorrência potencial como bases teóricas para o conceito. Qualquer fator que impeça a livre mobilidade do capital para uma indústria no longo prazo e, conseqüentemente, torne possível a existência de lucros supranormais permanentes nessa indústria constitui barreira à entrada”.

Neste trabalho utilizaremos uma definição extraída de Viscusi et alli (1995) a qual defende a posição de que uma barreira à entrada pode ser pensada como qualquer fator que dificulte ou torne custosa a entrada de uma firma em um determinado mercado, a ponto de possibilitar que as firmas existentes pratiquem preços acima do preço competitivo, sem atrair novos competidores (empresas entrantes). Observe-se que essa definição é compatível com o comentário de Kupfer acima registrado.

1.2.2 Mercado relevante

Como observa Possas (2002, p.75), “as noções de poder de mercado e de mercado relevante são logicamente relacionadas de forma muito estreita. Assim como um mercado só é “relevante” para a análise de efeitos anticompetitivos potenciais se for um espaço econômico no qual algum “poder de mercado” tenha a possibilidade *a priori* de ser exercido, este último, por sua vez, também pressupõe obviamente uma definição de mercado tal que ele possa ser exercido.” Cientes da inter-relação entre os conceitos de poder de mercado e de mercado relevante, Mello e Possas (2002) utilizam trabalho publicado pelo Departamento de Justiça e da Comissão de Comércio dos EUA (1992), o qual aborda o conceito de mercado relevante nos seguintes termos:

Um mercado é definido como um produto ou um grupo de produtos e uma área geográfica na qual ele é produzido ou vendido tal que uma hipotética firma maximizadora de lucros, não sujeita a regulação de preços, que seja o único produtor ou vendedor, presente ou futuro, daqueles produtos naquela área, poderia provavelmente impor pelo menos um “pequeno, mas significativo e não transitório” aumento no preço, supondo que as condições de venda de todos os outros produtos se mantêm constantes. Um mercado relevante é um grupo de produtos e uma área geográfica que não excedem o necessário para fazer tal teste¹.

¹ *Horizontal Mergers Guidelines*, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission (1992), p.4. Tradução, Possas, M.

A leitura da citação anterior indica que o mercado relevante delimita o *locus*, o espaço econômico (que pode ser relacionado a produto ou a região) no qual o poder de mercado pode ser exercido. Vale sublinhar, ainda, que a construção do conceito de mercado relevante exige considerar as especificidades da oferta e da demanda do(s) produto(s) em foco, mediante a utilização dos conceitos de elasticidade-preço da demanda e da oferta.

Na literatura específica sobre defesa da concorrência há relativo consenso acerca do método de demarcação do mercado relevante. Para se definir um mercado relevante é necessário, por meio de aproximações sucessivas, determinar um grupo de produtos e uma área geográfica na qual um hipotético monopolista poderia exercer poder de mercado, impondo preços que impliquem lucros extraordinários sustentáveis. Portanto, é necessário avaliar a reação da demanda ao movimento do suposto agente monopolista. A elevação de preços pode não implicar um aumento de lucros, caso os consumidores substituam o produto por similares fabricados por outros produtores. Por sua vez, o exercício de poder de mercado em um mercado relevante estará caracterizado caso o aumento de preços resulte em elevação de lucros do agente monopolista.

Além das características da demanda, a análise deve também examinar as condições de oferta. Logo, é necessário verificar a existência de processos produtivos que possam vir a ser utilizados para fabricar o produto em análise ou produtos distintos, mesmo aqueles que não são substitutos próximos, no que se refere à demanda. Nesse caso, é possível que uma substitutibilidade entre produtos (determinada pelas condições da oferta e associada a elevadas elasticidades-preço da oferta) justifique a agregação de tais produtos em um mesmo mercado relevante.

Segundo a formulação de Hovenkamp (1994), um mercado relevante de um produto é o menor mercado do produto para o qual a elasticidade da demanda e a elasticidade da oferta são suficientemente baixas para que uma firma com 100% do mercado possa aumentar lucros reduzindo a produção e aumentando o preço substancialmente acima do nível competitivo.

1.3 Diferenciação entre atos de concentração e condutas anticompetitivas

As leis de defesa da concorrência estão voltadas basicamente para dois grupos de ação que serão discutidas a seguir. São elas: (i) atos de concentração, relacionados aos parâmetros estruturais das empresas e; (ii) condutas dos agentes no processo competitivo.

1.3.1 Atos de Concentração:

Os atos de concentração incluem atos de fusão e de aquisição entre empresas. Um ato de concentração pode ser horizontal ou vertical, ou seja, implicar ganho de mercado mediante a união de dois ou mais competidores (concentração horizontal) ou ganho de poder de mercado pela união de firmas e empresas dos diversos elos da cadeia produtiva e/ou comercial (concentração vertical).

Um exemplo de ato de concentração horizontal registrado por Viscusi et alli (1995), é a fusão entre duas companhias siderúrgicas norte americanas, a LTV's Jones & Laughlin Steel e a Republic Steel. No Brasil, pode ser dado o exemplo da fusão de duas grandes empresas do setor de alimentos e bebidas. A Sadia e a Perdigão fundiram-se formando a Brasil Foods, processo estimulado por problemas econômicos financeiros enfrentados por uma delas e que tem como meta aumentar o poder competitivo da nova empresa no mercado externo. A possibilidade de essa fusão possibilitar e/ou implicar efeitos anticompetitivos sobre os seus mercados de atuação será ainda objeto de apreciação do CADE.

Regra geral, atos de concentração têm como resultado ganhos de eficiência, entre os quais os mais comuns são: economias de escala e escopo; economias de racionalização e especialização; economias em pesquisa e desenvolvimento; e economias de custos de transação. Os ganhos de eficiência podem, ou não, compensar efeitos anticompetitivos gerados por atos de concentração. Em última instância, isso depende de ocorrerem em um contexto no qual o ato de concentração confere às empresas envolvidas um maior poder de mercado que lhes possibilite implementar manobras econômicas nocivas à competição. Um exemplo dessa situação seria a possibilidade de uma empresa formada por fusão ou

aquisição baixar custos e concomitantemente aumentar preços e lucros, graças à elevação de seu *market-share*². Portanto, é muito importante examinar em que proporção o ato de concentração provoca a redução do grau de concorrência. Caso isso ocorra, é necessário investigar as condições compensatórias que poderiam ser implementadas pelo poder público para que os benefícios gerados pela fusão e/ou aquisição sejam compartilhados com os consumidores. Assim, a possibilidade de extensão das vantagens derivadas do ato de concentração ao consumidor final é o que requer a análise do mesmo pela a ótica da regra da razão, conceito que será discutido mais adiante.

Como atos de concentração implicam uma alteração de parâmetros estruturais dos mercados, a política de defesa da concorrência tenta reprimi-los via controle preventivo, quando prejudiciais ao processo concorrencial. Isso pode significar a proibição de atos como fusões, aquisições, formação de *joint-ventures*, etc., se estes acarretam a criação de condições para o exercício abusivo de poder de mercado.

1.3.2 Condutas anticompetitivas

Condutas anticompetitivas são ações ilícitas adotadas pelas empresas que acarretam redução da concorrência e aumento de seu poder de mercado. Assim como os atos de concentração, tais ações podem ser divididas em dois grandes grupos: (i) condutas horizontais, caracterizadas por acordo entre concorrentes de um mesmo mercado, por exemplo, cartéis; e (ii) condutas verticais, acordo entre empresas compradoras e vendedoras estabelecidas ao longo de uma mesma cadeia produtiva, por exemplo, fixação de preços de revenda e acordos de exclusividade. Diferentemente de atos de concentração, que devem ter controle preventivo em função de seu caráter estrutural e temporalmente pontual (fusões, aquisições, por exemplo), condutas anticompetitivas devem receber controle repressivo mediante fiscalização constante dos órgãos reguladores. As subseções que se seguem descrevem as principais formas de condutas potencialmente anticompetitivas, usualmente adotadas por empresas com poder de mercado.

² Participação da empresa no mercado relevante (faturamento, capacidade produtiva etc.).

Condutas Horizontais

Preço Predatório: preços predatórios podem ser definidos como a prática deliberada (por parte de uma empresa), de preço abaixo do custo variável médio, com o intuito de eliminar as empresas competidoras para, no futuro, poder praticar preços elevados e auferir lucros próximos aos do nível monopolista.

Para os órgãos de defesa da concorrência não é uma tarefa simples caracterizar preços predatórios, uma vez que tal exercício depende da observação das condições de custos e preços, no longo prazo. Nesse sentido, em relação à prática de preços predatórios, a resolução (20/1999, Anexo I) do CADE estabelece que:

“O exame desta prática requer análise detalhada das condições efetivas de custos e do comportamento dos preços ao longo do tempo, para afastar a hipótese de práticas sazonais normais ou de outras políticas comerciais da empresa, além da análise de comportamento estratégico, avaliando-se as condições objetivas de ganhos potencialmente extraordinários posteriores suficientemente elevados e capazes de compensar as perdas decorrentes das vendas abaixo do custo.”

Cartéis: acordos (explícitos ou tácitos) entre empresas ou agentes competidores que distorcem o espaço econômico (mercado relevante) e a concorrência, englobando práticas tais como, estabelecimento de preços, de cotas de produção e de distribuição/divisão territorial. Segundo Schuartz (2002), “em uma primeira aproximação, um cartel é uma associação de agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial”. Em relação à formação de cartéis, a resolução (20/1999, Anexo I) do CADE enfatiza que:

“Fatores estruturais podem favorecer a formação de cartéis: alto grau de concentração do mercado; existência de barreiras à entrada de novos competidores; homogeneidade de produtos e de custos; e condições estáveis de custos e de demanda.”

Outros acordos entre empresas: tipos alternativos de acordo que envolvem alguma restrição horizontal, mas que são mais restritos em relação a tempo de duração e ao mercado relevante. Frequentemente, tais acordos são voltados para evolução produtiva e/ou

tecnológica das empresas envolvidas. Sobre tais acordos a resolução (20/1999, Anexo I) do CADE adverte que:

*“Estes exigem avaliação mais complexa, tanto por terem efeitos anticompetitivos possivelmente menores que os cartéis, quanto pela necessidade de avaliar eventuais eficiências econômicas, requerendo uma aplicação mais ponderada do princípio da razoabilidade”.*³

Acordos entre associações profissionais: práticas que restringem injustificadamente o processo concorrencial entre profissionais, geralmente pela via do tabelamento de preços. A justificativa mais comum para essa conduta é a alegação de que a prática de preços uniformes tem como contrapartida uma maior garantia na qualidade dos serviços prestados.

Observe-se que o CADE tem sistematicamente condenado práticas de tabelamento promovidas por associações e sindicatos de profissionais liberais. Sublinhe-se, ainda, que os órgãos reguladores encontram grande dificuldade para comprovar a existência dessas práticas, o que também é verdade para o caso de cartéis. Isso porque é necessário reunir provas concretas que atestem a existência de acordos, sendo a observação pura e simples dos movimentos dos agentes insuficiente para caracterizá-los. Alguns dos tipos de condutas horizontais até aqui apresentados, como por exemplo, formação de cartel e prática de preços predatórios, são prejudiciais ao processo concorrencial e, uma vez que não impliquem alguma contrapartida positiva para a sociedade, podem ser considerados ilegais *per se*, em algumas jurisdições.

³ O princípio da razoabilidade será examinado na seção 1.4 deste trabalho.

Condutas Verticais

Fixação de Preços de Revenda: situação na qual o produtor estabelece o preço de venda (mínimo, máximo ou rígido) a ser adotado pelo revendedor e impõe a prática desse preço mediante ameaças de sanções.

O estabelecimento de um preço máximo de revenda (por parte do produtor) é mais simples de ser explicado. Para tal, imaginemos que tanto o fornecedor quanto o distribuidor têm alto grau de poder de mercado. Uma vez que o produtor delimita um preço máximo (um teto) para a revenda de seu produto, controla a competitividade em preços do mesmo em relação aos produtos concorrentes. Ressalve-se que tal conduta pode, ao mesmo tempo, inibir potenciais práticas anticompetitivas por parte do revendedor, algo que pode ser vantajoso para o consumidor final.

A explicação do outro tipo de fixação de preço de revenda, a do preço mínimo (um piso), é mais complexa. Em princípio, não parece racional pensar que o produtor limite a possibilidade de o distribuidor competir via preços fixando-os abaixo de um determinado patamar (o preço mínimo de revenda), circunstância que poderia reduzir competitividade do produto no mercado final. Ressalve-se que a fixação de preços mínimos de revenda pode ser útil caso o produtor queira assegurar a introdução de um novo produto no mercado ou facilitar a venda de determinados produtos/e ou serviços associados de alguma maneira ao produto para o qual foi estabelecido um preço mínimo (isto ocorre principalmente com produtos com alto conteúdo tecnológico e nos quais serviços pré-venda e pós-venda são fundamentais para o uso adequado do produto pelo consumidor final). Essa conduta é ilustrada por Viscusi et alli (1995, p.241) mediante o seguinte exemplo:

“Antes de comprar um computador da Apple o consumidor gosta de aprender o máximo possível sobre este. Uma loja de varejo da Apple é perfeita para isso, pois o consumidor pode consultar um vendedor treinado e operar o computador junto a este recebendo conselhos sobre particularidades do computador. No entanto, o consumidor pode decidir comprar o computador através da internet que tem preços mais baratos uma vez que esta revendedora não necessita arcar com custos como o de aluguel de um espaço físico e salário de um vendedor treinado. Em outras palavras, o revendedor da internet é, nesse caso, um agente oportunista

“free-rider”, e pode tornar inviável economicamente a existência do outro tipo de revendedora (loja física) que fornece serviços essenciais para a Apple poder competir com outras marcas como a IBM. Este é um caso em que é necessário que o produtor determine um preço mínimo de revenda.”

De acordo com a resolução do CADE (20/1999), na maior parte dos casos, a fixação dos preços mínimos de revenda é a que apresenta maior probabilidade de prejudicar a concorrência no setor em questão, propiciando a coordenação “de ações voltadas à formação de cartel ou outros comportamentos colusivos em preços, entre os produtores (mercado “de origem”). Isso porque: (i) simplifica o monitoramento de preços de venda aos consumidores; (ii) facilita a preservação de acordos tácitos entre produtores ao bloquear a entrada de novos distribuidores inovadores e/ou mais agressivos, inibindo, em consequência, o desenvolvimento de sistemas de distribuição mais eficientes; e (iii) propicia o aumento unilateral de poder de mercado do produtor, como decorrência do fato de dificultar a entrada de distribuidores mais competitivos. Em particular, no caso de serviços pós-venda, a prática de preços mínimos de revenda possibilita, em tese, a exploração monopolista dos usuários visto que, após a compra dos produtos reduz, sobremaneira, as alternativas de acesso a outros prestadores de serviços.

Restrições territoriais e de base de clientes: nesse caso, o produtor estabelece um “mapa” para limitar a área de atuação dos revendedores, impedindo assim a livre concorrência e a entrada dos revendedores em novas regiões do mercado-alvo.

De acordo com Viscusi et alli (1995) essa conduta pode ser fortemente relacionada à fixação de preço de revenda. Como foi descrito no caso da Apple supracitado, a fixação de um preço mínimo de revenda pode adquirir sentido econômico, dado que permite que os revendedores ofereçam serviços de informação aos consumidores, ao largo da concorrência de “free-riders”. Estabelecer territórios exclusivos de mercado pode funcionar no mesmo sentido, “delegando” poder de mercado a cada revendedor/distribuidor em uma região previamente demarcada.

Venda Casada: trata-se de relacionar a venda de um serviço e/ou produto à aquisição de um outro serviço e/ou produto. Tal prática pode ter como finalidade utilizar o poder de mercado de um produto/serviço para alavancar a comercialização de outros produtos/serviços. Essa prática é muito comum quando alguma empresa tem como meta inserir novos produtos no mercado e também no caso de produtos que tenham *inputs* (subprodutos) a eles relacionados. Por exemplo, impressora e cartucho de tinta.

Discriminação de preços: significa a adoção de preços (e de outras condições de venda) distintos de um mesmo serviço ou produto para consumidores diferentes. Esta prática está freqüentemente associada a ganhos de eficiência. Sublinhe-se que a discriminação de preços pode ter tanto efeitos positivos, quanto negativos para o bem estar social.

Acordos de Exclusividade: é o caso de um acordo de compromisso entre agentes em diferentes posições de um elo produtivo/comercial que obriga a compra ou prestação de um serviço com exclusividade entre estes. Um exemplo: planos de saúde que impõem aos médicos a obrigação de dedicação exclusiva, impedindo sua filiação a planos concorrentes. Este tipo de conduta será estudado e discutido mais detalhadamente no próximo capítulo, uma vez que engloba os casos examinados no terceiro capítulo deste trabalho.

1.4 Conceito de eficiência e o princípio da razoabilidade:

A avaliação sobre a circunstância de uma conduta constituir, ou não, uma infração à ordem econômica não é tarefa simples. De fato, como observam Mello e Possas (2002, p.135) “...seria trivial se a lei antitruste procedesse a uma tipificação de condutas que, em si, constituíssem infração, bastando prová-las para aplicar as devidas penalidades legais.” No entanto, como sabido, a constatação da prática da conduta e sua “tipificação” são insuficientes para determinar a existência de infração à ordem econômica. Isso se deve ao fato de os órgãos reguladores brasileiros (CADE e SDE) terem adotado, desde o princípio, a regra da razão como critério de análise e julgamento das condutas.

A regra da razão, ou o princípio da razoabilidade, baseia-se no cálculo do efeito líquido gerado por um ato de concentração ou conduta, considerando tanto os possíveis efeitos anticompetitivos quanto as eventuais eficiências econômicas auferidas. Caso o efeito líquido seja positivo, ou seja, as eficiências geradas sejam mais significativas que os efeitos anticompetitivos, o princípio da razoabilidade afirma que o ato de concentração deve ser aprovado. Em se tratando de uma conduta, afirma que esta não pode ser considerada uma infração à legislação antitruste.

Vale sublinhar que a análise das eficiências deve considerar algumas condições. A primeira delas diz respeito ao fato de tal análise só adquirir sentido caso o ato (ou conduta) realizado pela(s) empresa(s) ponha em risco o processo concorrencial, no espaço econômico em questão. Caso não exista efeito anticompetitivo, a análise deve ser encerrada. A segunda estabelece que a utilização da existência de eficiências positivas a favor do ato (ou conduta) exige a demonstração de relação de causa e efeito inequívoca entre os mesmos (ato/conduta e eficiências positivas). Finalmente, uma última condição deve ser observada, qual seja: a inexistência de ato/conduta alternativo que garanta eficiência econômica superior a decorrente do ato/conduta em análise. Em relação a este ponto Mello e Possas (2002) argumentam que uma vez que a permissão para a utilização de poder econômico está associada à busca de maior eficiência econômica, “constitui uma conduta desviante-abusiva o uso do poder para restringir a concorrência por meios não baseados na maior eficiência”.

Na jurisprudência relativa à defesa da concorrência norte-americana há também a abordagem *per se* que se aplica a casos de condutas ou atos de concentração em que a avaliação dos efeitos derivados dos mesmos não se faz necessária, visto que se pressupõe que seu resultado final será sempre lesivo ao bem-estar social. Nesses casos, a identificação da conduta é suficiente para justificar sua condenação. Note-se que a existência de dois modos para se tratar casos de condutas ou atos de concentração (regra da razoabilidade e abordagem *per se*) não implica contradição ou incoerência econômica nas regras da legislação norte-americana. Segundo Mello e Possas (2002), a regra da razoabilidade é, na

verdade, o resultado de um abrandamento do Sherman Act⁴, devendo ser aplicada em casos em que os ganhos de eficiência sejam substanciais e frequentes. Já nos casos avaliados de acordo com a regra *per se*, a análise de efeito líquido entre efeitos anticompetitivos e eficiências é dispensada, dado que se considera que as eficiências são desprezíveis e que os efeitos líquidos são negativos.

A referência à legislação norte-americana justifica-se, por um lado, pela circunstância de os Estados Unidos da América terem sido pioneiros no desenvolvimento de legislação no campo da defesa da concorrência e, por outro lado, pelo fato de o Brasil ter seguido em parte, desde a década de 1990, o modelo daquela legislação. Observe-se que, no Brasil, embora o direito da concorrência tenha sido introduzido na constituição em 1946, as políticas antitruste começaram a ser efetivamente implementadas apenas em meados da década de noventa, com a lei antitruste (Lei 8.884/94) que determina a repressão ao “...abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.” (Constituição, art.173, §4º). Do mesmo modo, a “livre concorrência” já havia sido definida como um princípio constitucional da ordem econômica (cf. art. 170,IV).

Seguidor das tendências mais recentes do modelo norte-americano de políticas antitruste, o qual, em meados da década de noventa, praticava uma política de defesa da concorrência baseada predominantemente – ainda que não exclusivamente – na *regra da razoabilidade*, o Brasil não chegou a adotar o critério de análise *per se* em processos de defesa da concorrência.

⁴ Segundo Viscusi (1995, p.62), “a principal lei federal antitruste dos Estados Unidos, o *Sherman Act* de 1890, foi uma reação política para o crescimento desenfreado de conglomerados e trustes formados na década de 1880... São duas as principais seções do *Sherman Act*, a primeira proíbe contratos, combinações e conspirações que restrinjam o comércio e a segunda proíbe a formação ou a tentativa de formação de monopólios em qualquer parte do comércio interestadual ou internacional.”

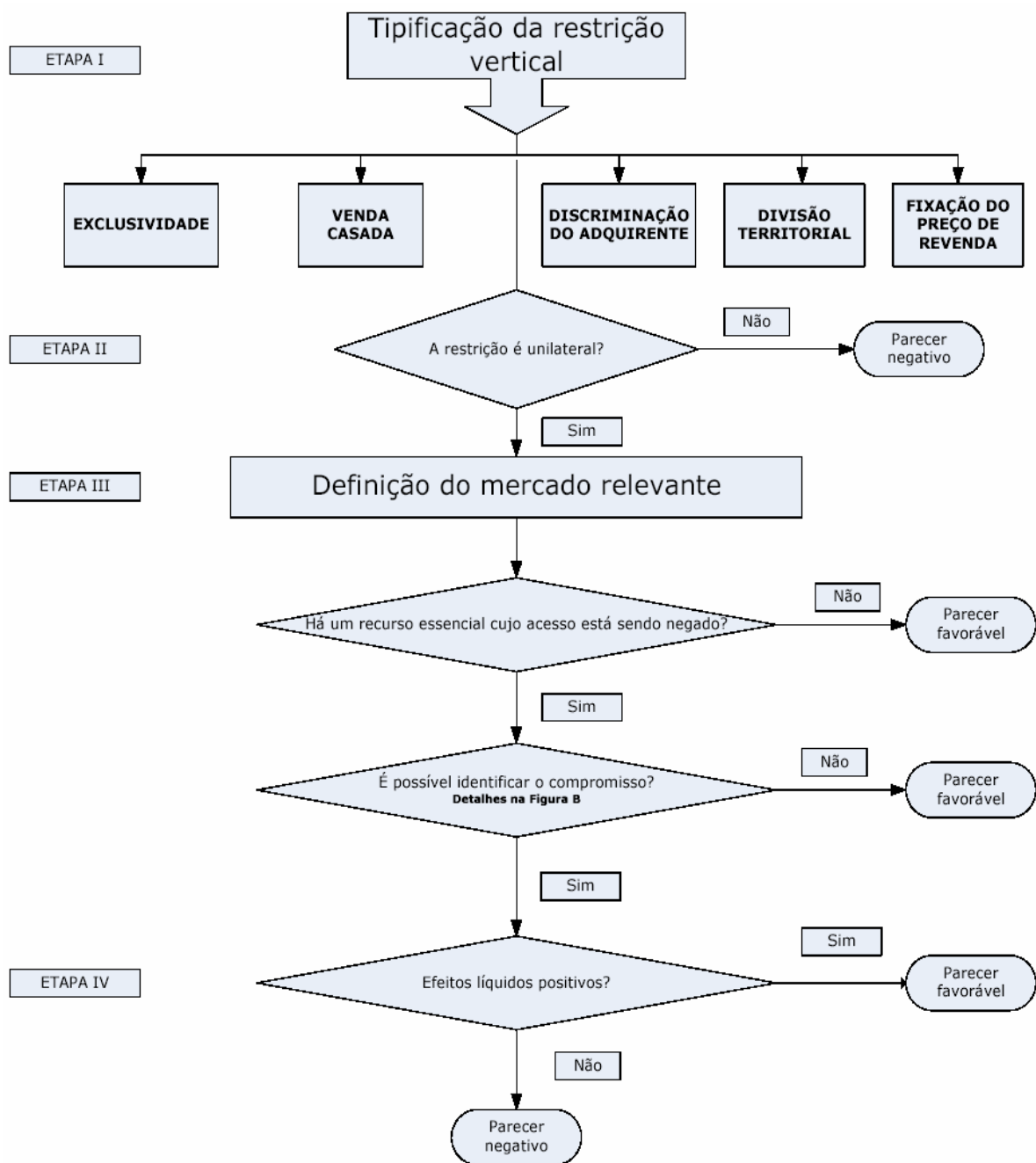
1.5 Passos da Análise Antitruste para Casos de Condutas e Atos de Concentração

Esta seção descreve resumidamente o processo de avaliação aplicado a condutas e atos de concentração, já relacionando e ordenando os conceitos até aqui examinados.

Tanto no caso de condutas, como nos de atos de concentração, o primeiro passo a ser seguido pelos órgãos reguladores é a verificação da existência de poder de mercado. Isso engloba a delimitação dos mercados relevantes, a análise da posição das empresas presentes nesse mercado (cálculo do *market-share*⁵ e dos indicadores de concentração) e o exame das condições de exercício do poder de mercado (padrão de concorrência e barreiras à entrada).

A análise acima mencionada permite identificar se uma empresa detém, ou não, poder de mercado, assim como as condições para seu exercício. Caso realmente haja poder de mercado e condições para seu exercício, os órgãos reguladores devem identificar e analisar os efeitos anticompetitivos para, em seguida, examinar as eficiências geradas pelos atos/condutas. Se o efeito líquido desse balanço, relativo a uma determinada conduta, for positivo não é possível caracterizar infração da ordem econômica. No caso de atos de concentração, saldos positivos indicam que o mesmo deve ser apoiado integralmente. Em contrapartida, em havendo efeitos líquidos negativos, para condutas fica caracterizada uma infração que justifica ordem para cessar a prática e a aplicação de penalidades (multas). Para atos de concentração, tem-se a proibição do mesmo ou a imposição de condições para sua aprovação, esta última, a situação mais comum.

O fluxograma apresentado a seguir mostra os passos usualmente utilizados em análises que procuram avaliar se determinadas condutas de natureza vertical são lesivas ao bem estar social.



Fonte: extraído de Matsura e Mello(2005, p.4).

⁵ *Market Share* – Participação no Mercado; os métodos mais comuns de mensuração de *market share* são a Razão de Concentração e o índice de Hirschman-Herfindahl (HH). Ver Resende e Boff (2002).

CAPÍTULO II – Acordos de Exclusividade

Este capítulo tem como objetivo discutir os acordos de exclusividade, tendo como referência a regra da razoabilidade, a qual considera o cálculo do efeito líquido dos acordos a partir do balanço entre seus efeitos positivos e negativos. Em outras palavras, trata-se de analisar as consequências anticompetitivas da conduta, vis-à-vis as eficiências por ela geradas. Considerando que o capítulo subsequente focaliza casos específicos de acordos de exclusividade, este capítulo será desenvolvido seguindo a lógica e a ordem de análise utilizada nos votos estudados.

O desenvolvimento da teoria econômica sobre acordos de exclusividade privilegia um modelo específico de transação vertical, qual seja aquele que envolve relações de exclusividade entre produtores e distribuidores. Vale sublinhar que esse não é o caso das condutas estudadas no terceiro capítulo deste trabalho (acordo de exclusividade simples e cláusula de raio), as quais tratam de relações entre locadores e locatários. Contudo, é possível afirmar que os resultados do balanço entre efeitos anticompetitivos e eficiências associadas a acordos entre produtores e distribuidores podem ser, em grande medida, generalizados e aplicados a outros tipos de condutas, como as que constituem o objeto de estudo desta monografia. Em decorrência, as considerações que se seguem examinam a análise dos acordos de exclusividade entre produtores e distribuidores (situação destacada pela teoria) enfatizando os elementos ali presentes que, por analogia, podem ser estendidos aos casos de referência desta monografia.

Segundo Viscusi et alli (1995), acordos de exclusividade podem ser entendidos como uma estratégia dirigida à obtenção, mediante contrato, de vantagens usualmente associadas a integrações verticais. Em outras palavras, por meio do contrato, as firmas geram uma relação que as possibilita obter muitas das eficiências inerentes a uma integração vertical efetiva, sem estarem fundidas de fato. Derivam da integração vertical contratual resultante dos acordos, tanto as eficiências, quanto as preocupações dos órgãos reguladores com respeito a seus possíveis efeitos anticompetitivos. Vale reafirmar que ambos os efeitos (os positivos e

os negativos) assemelham-se aos prós e contras de uma integração vertical. A seção a seguir analisa os efeitos anticompetitivos decorrentes de acordos de exclusividade.

II.1 – Efeitos Anticompetitivos de acordos de exclusividade

O caso estudado no terceiro capítulo é um exemplo típico de acordo de exclusividade, em que a relação de exclusividade entre as partes envolvidas é determinada por meio de contrato. Na literatura sobre o tema, há consenso de que são dois os principais efeitos anticompetitivos nesse tipo “tradicional” de acordo que estabelece a exclusividade entre dois agentes em “pontos verticais” de uma cadeia produtiva e/ou de distribuição.

O primeiro⁶, e mais comum tipo de efeito anticompetitivo oriundo do acordo de exclusividade, é o fechamento do mercado (*foreclosure*) que, frequentemente, se manifesta na forma de impedimento do acesso a distribuidores, para concorrentes efetivos ou potenciais do produtor. Mello e Possas (2002, p.155) definem tal efeito como “o fechamento (*foreclosure*) do mercado do produto (“de origem” da prática) para concorrentes efetivos e potenciais (aumentos de barreiras à entrada ou até mesmo seu bloqueio)”.

Meehan e Larner(1981, p.220-221) expõem as condições necessárias para haver de fato o fechamento de um mercado(*foreclosure*) em função de um acordo de exclusividade, supondo que tal acordo se faça entre um produtor e seus distribuidores. São elas: (i) a produção do bem ou serviço em questão deve estar concentrada nas mãos de poucas firmas com poder de mercado, o que reflete a presença de fortes barreiras à entrada; (ii) as opções de distribuidores devem ser limitadas no mercado relevante, havendo também barreiras à entrada para estes, o que significa dizer que o número de distribuidores e possíveis locais de venda é limitado (inelástico); (iii) os distribuidores já estabelecidos no mercado devem ter acordo de exclusividade com apenas uma marca/firma produtora. Caso uma destas três condições não se verifique é improvável que um acordo de exclusividade resulte no fechamento do mercado.

Para ilustrar a seqüência exposta acima, pode-se recorrer ao exemplo da venda de cerveja no varejo, supondo que o mercado relevante geográfico seja o de uma região hipotética que representa uma parte significativa das vendas dos produtores de cerveja. Isso significa supor que os consumidores não estão dispostos a sair desta região apenas para comprar cerveja e que não substituiriam a cerveja por outro tipo de bebida. Supondo que na região há um número limitado de distribuidores de cerveja; que não existem bons imóveis disponíveis para a abertura de novos distribuidores; e que todos eles têm acordo de exclusividade com alguma marca já estabelecida (de empresas líderes com poder de mercado), uma empresa entrante encontraria fortes obstáculos para ter acesso a esse mercado. Em tal situação um produtor entrante defrontar-se-ia com alguns problemas e algumas alternativas, discutidos a seguir.

Na hipótese de um mercado relevante estar fechado, devido à aplicação de um acordo de exclusividade entre uma firma produtora e os principais revendedores desse mercado, para uma empresa entrante restam duas alternativas. A primeira delas seria a firma produtora recorrer a distribuidores menos eficientes que os distribuidores “bloqueados”. A segunda alternativa seria atuar também como distribuidora (instalar um ponto de varejo próprio). Em ambos os casos a entrada no mercado seria mais difícil, comparativamente a uma situação em que não houvesse o fechamento derivado de acordo de exclusividade.

De acordo com Ornstein (1989) ter que recorrer a distribuidores alternativos implica custos elevados. Isso se deve ao fato de esses distribuidores serem menos eficientes do que distribuidores estabelecidos (eficiência avaliada por requisitos tais como tradição, investimentos em propaganda, localização de pontos de venda etc.). Da mesma maneira, a possibilidade de o produtor atuar também como distribuidor aumenta o custo de entrada de uma empresa. Segundo Williamson⁷, a opção de operar nos dois níveis de mercado (produção e distribuição) aumenta a demanda de capital inicial por dois motivos. O primeiro refere-se aos custos associados à necessidade de se recorrer a capitais de terceiros. Supondo que a firma não possui um montante de capital suficiente para suprir as necessidades de

⁶ Este é o efeito anticompetitivo mais relevante neste trabalho tendo em vista que estará presente no estudo de caso do terceiro capítulo.

⁷ *Apud* Meehan e Lerner (1981 p.221)

investimento, tanto da produção, quanto da distribuição, ela terá necessariamente que recorrer ao mercado de capitais. Quanto maior a inexperience da firma em distribuição, maior será o risco e consequentemente maior o prêmio pago por tal risco. O segundo motivo baseia-se no argumento de que a entrada tardia impõe desvantagens para a firma entrante. Entre tais desvantagens, a mais significativa e onerosa é o “tempo de aprendizado” (*learning-by-doing*) nos negócios de distribuição.

O segundo tipo de efeito anticompetitivo derivado da conduta vertical em foco (menos relevante para este trabalho) diz respeito ao estabelecimento de condições que facilitam a formação de condutas concertadas, como conluio, mecanismos de combinação de preço e cartelização. Considerando que tais condutas funcionam em condições de forte instabilidade, qualquer fator que fortaleça a sua manutenção, isto é, qualquer fator que desestimule a quebra da ação concertada por parte de algum de seus participantes, pode ser considerado prejudicial ao processo competitivo. Para elucidar esse ponto, vale recorrer ao exemplo de um cartel. Um produtor que integra um cartel e que tem seu produto comercializado por um distribuidor comum aos demais integrantes do cartel pode receber proposta do distribuidor para que baixe os preços de seus produtos. Para esse produtor a proposta é sedutora uma vez que lhe permitiria praticar preços inferiores aos do cartel, ainda que próximos aos preços de monopólio. Tal situação garantiria ao produtor o melhor dos mundos: aumentar seu poder de competição frente aos demais membros do cartel e praticar preços muito acima de seus custos marginais. Por essa razão, em muitos casos, cartéis tendem a precaver-se contra condutas oportunistas segmentando o mercado distribuidor por intermédio de acordos de exclusividade. Possas (2002) chama atenção para esse ponto que, segundo Ornstein (1989), costuma ser negligenciado pela literatura sobre o tema, a despeito de sua relevância.

Conhecidos os efeitos anticompetitivos produzidos pelo acordo de exclusividade, é necessário discutir, em seguida, as eficiências decorrentes dessa conduta. Como já registrado, a maior parte de tais eficiências está associada à redução dos custos de transação e à contenção de condutas oportunistas.

II.2 – Eficiências associadas a acordos de exclusividade

II.2.1 – Teoria dos Custos de Transação

De acordo com Fiani (2002), os custos de transação são os custos exigidos para se ter acesso ao mercado, ou seja, são os custos que as firmas incorrem para negociar com outras e para se certificar de que as transações pactuadas se realizem de fato, incluindo, nesse caso, todos os fatores decorrentes do processo (os custos de formulação de contratos, seguros etc.). A citação que se segue enfatiza a razão pela qual os custos de transação ganham importância no campo da análise econômica:

“Trata-se basicamente da percepção de que todas as transações econômicas numa economia de mercado são, em essência relações, contratuais desde o mercado “puro” até as hierarquias (firmas e outras organizações orientadas ao mercado) passando pelas mais variadas formas intermediárias de relações contratuais (contratos temporários entre agentes econômicos), e que, portanto, requerem, mesmo no âmbito da análise econômica, um enfoque levando em consideração as propriedades econômicas desses contratos.” Possas et alli (2003), retirado de (Mattos, 2003, p.320).

Sublinhe-se que os custos de transação adquiriram importância no debate econômico a partir da publicação do artigo *The Nature of the Firm* de Ronald Coase, em 1937. Até então, a teoria econômica concentrava sua atenção nos custos de produção. Embora alguns teóricos reconhecessem a existência dos custos de transação, regra geral a teoria econômica considerava-os desprezíveis.

Segundo Fiani (2002), a teoria dos custos de transação desconsidera a hipótese de informações simetricamente distribuídas e elabora um conjunto de suposições que torna os custos de transação significativos, a saber: racionalidade limitada, complexidade e incerteza, oportunismo e especificidade de ativos.

A racionalidade limitada dos agentes econômicos, somada às incertezas e à complexidade do ambiente econômico, torna a tomada de decisões custosa e incerta e gera, concomitantemente, assimetrias de informação, as quais refletem as diferenças entre as informações detidas pelos diversos agentes envolvidos em uma determinada transação. As assimetrias de informação, por sua vez, definem um ambiente que possibilita a adoção de estratégias oportunistas por parte de alguns agentes. Segundo Fagundes e Pondé (1997), o oportunismo, definido por Williamson como a busca do interesse próprio com malícia, *decorre da presença de assimetrias de informação dando origem a problemas de “risco moral”*. Ainda de acordo com esses autores, *“a emergência potencial de oportunismo ex ante e ex post, isto é, de ações que, por manipulação ou ocultamento de intenções e/ou informações, buscam auferir lucros que alterem a configuração inicial do contrato, pode gerar conflitos no âmbito das relações contratuais que regem as transações entre os agentes econômicos”*.⁸

A especificidade de ativos é o último dos fatores determinantes dos custos de transação. Tal especificidade vincula-se ao grau em que a transação exige “ativos específicos”, ou seja, *“ativos especializados que não podem ser reempregados sem sacrifício do seu valor produtivo, se contratos tiverem que ser interrompidos ou encerrados prematuramente”* (Williamson, 1985, p. 54). O exemplo que se segue ilustra um caso que envolve a presença de um ativo específico: o “empresário A” decide abrir uma empresa de refrigerantes em uma pequena cidade que não possui nenhuma produtora de gás de refrigerante (CO₂). Supondo que o custo de transporte do gás produzido em outras regiões fora da cidade é muito elevado, o “empresário A” propõe a um “empresário B” que instale uma fábrica para produzir gás carbônico na cidade em consideração. Ambos acordam que “empresário B” abrirá uma fábrica de CO₂ para suprir a fábrica de refrigerante. Nesse caso, a fábrica de CO₂ representa o ativo específico. Sublinhe-se que o conceito de ativo específico é distinto do conceito de bem específico. Como sabido, o CO₂ é um produto bastante comum, não se caracterizando como um bem específico. Todavia, a fábrica instalada nas condições antes descritas constitui um ativo específico, pois o custo de transporte do CO₂ faz com que o valor da fábrica dependa da continuidade das transações de venda do gás para a fábrica de

⁸ Extraído de Possas (2002), p.162.

refrigerantes do empresário “A”. Importa ressaltar que, segundo Williamson, são quatro as fontes de especificidade de ativos, a saber: (i) a aquisição de equipamentos dedicados; (ii) a expansão da capacidade produtiva direcionada para um conjunto específico de transações; (iii) a proximidade geográfica e; (iv) diferentes formas de aprendizado..

Nos casos em que ativos específicos têm um papel fundamental em uma transação vertical, configura-se um ambiente propício para a proliferação atitudes oportunistas. Tais relações geram o “problema do refém” no qual um agente pode ficar à mercê do outro, exposto a essas possíveis ameaças e a atitudes oportunistas (*free rider*). Para ilustrar uma relação de dependência entre os agentes é útil recorrer ao exemplo descrito por Klein, Crawford and Alchian (1978, p.297), *apud* Meehan e Larner(1981, p.203).

“Por um determinado fator técnico um produtor de cerveja(Coors) depende do distribuidor para assegurar que seu produto chegue ao consumidor com a qualidade desejada. Caso o distribuidor falhe em manter a qualidade da cerveja, a marca do fornecedor pode sofrer sérias perdas de reputação e lucros. Tendo em vista esta relação de dependência, o varejista se encontra em uma posição privilegiada em relação ao produtor, podendo usar isto para se beneficiar.”

Neste contexto, os acordos de exclusividade (por meio de contratos) podem se constituir como uma solução adequada para minimizar os custos de transação entre os agentes localizados nos distintos pontos da cadeia econômica (produtor, distribuidor, varejista etc.).

De acordo com a “Teoria dos Custos de Transação” as duas principais características que definem uma transação econômica são o grau de especificidade do ativo em questão e a frequência com que a transação será realizada. A partir desses dois fatores desenha-se a estrutura de governança, isto é, configuram-se as “regras” da transação, os agentes e as instituições participantes e/ou responsáveis pela sua adequada execução. Williamson define o conceito de estruturas de governança como sendo o arcabouço institucional no qual a transação é realizada. Fagundes e Pondé (1997) [*apud* Possas(2002, p.161)] destacam que tais estruturas resultam “da busca de minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos”.

II.2.2 - Tipos de Estrutura de Governança

São três os tipos de estrutura de governança: governança de mercado, governança bilateral (contrato de relação) e governança trilateral⁹.

A primeira, e a mais simples delas, é a governança pelo mercado, que geralmente é adotada em transações recorrentes englobando bens com baixo grau de especificidade. Um exemplo desse tipo de estrutura de gestão está no mercado de *commodities*. De fato, um comprador de soja tende a não enfrentar grande dificuldade para encontrar um fornecedor alternativo, caso o seu fornecedor decida implementar um aumento abusivo no preço. Nesse caso, a relação entre comprador e vendedor se aproxima da forma “pura” de mercado em que a regulação por contratos ou agentes reguladores é desnecessária.

A governança trilateral inclui a determinação prévia de uma terceira parte que servirá como agente regulador para inspecionar a transação e solucionar eventuais controvérsias entre as partes envolvidas na transação. Aplica-se, regra geral, a transações ocasionais com ativos dotados de alto ou médio grau de especificidade.

A governança bilateral inclui o contrato de relação como sendo um fator determinante na transação. Esse tipo de contrato é comum quando um ativo com alto grau de especificidade desempenha um papel fundamental na relação e a transação é recorrente. Nesse caso, o contrato serve como uma proteção para as empresas envolvidas. O exemplo da nova produtora de refrigerante e da produtora de gás antes apresentado ilustra precisamente tal tipo de governança. A fábrica de refrigerante estabelece um contrato de relação com uma produtora de gás para ter sua demanda atendida de maneira segura. O contrato deve proteger também a produtora de gás. Isso porque caso a empresa compradora não honre seu compromisso a fornecedora fica sem mercado alternativo para comercializar o seu produto (custos irrecuperáveis).

⁹ Ressalte-se que a literatura trata também de estruturas de governança relacionadas a grupos empresariais verticalizados, muitas dos quais resultantes de atos de concentração (fusões, aquisições etc.). Essas estruturas estão desconsideradas uma vez que este trabalho não tem como objeto atos dessa natureza

Dentre as estruturas de governança acima apresentadas a que nos interessa em particular é a governança bilateral, visto que os casos examinados no terceiro capítulo desta monografia envolvem cláusula contratual entre empresas.

II.2.3 – Eficiências Produzidas Pelos Acordos de Exclusividade

Conforme visto, anteriormente, o acordo de exclusividade funciona de maneira análoga a um caso de integração vertical e o mesmo acontece em relação a seus efeitos anticompetitivos e a suas eficiências. De acordo com Mello e Possas (2002), há dois tipos principais de eficiência produzidos por um acordo de exclusividade. A primeira refere-se à redução dos custos de transação na relação entre as partes envolvidas. A segunda está no possível aproveitamento de algumas economias de escala que o acordo pode gerar, mesmo sem haver uma integração vertical efetiva.

No caso de um acordo de exclusividade entre uma empresa e seus distribuidores, os ganhos de eficiências resultantes da redução dos custos de transação podem estar associados a dois fatores, a saber: (i) a inibição de atitudes oportunistas (*free rider*) por parte de concorrentes e distribuidores; e (ii) o incentivo que se cria (uma vez assinado o acordo de exclusividade) para que o distribuidor “abraçe” o produto e realize esforços de venda e promoção do mesmo.

Como visto anteriormente, o acordo de exclusividade pode ser a solução para alguns problemas importantes, entre os quais a atuação de *free-riders*. No que se refere ao comportamento oportunista, a literatura específica de defesa da concorrência enfatiza cinco questões relevantes. De acordo com Ornstein (1989) tais questões podem ser assim resumidas:

- Os investimentos de uma empresa na qualidade de seu produto, na sua marca e em propaganda geram um grupo de clientes fiéis, o qual passa a ser alvo de iniciativas oportunistas da concorrência. As firmas com menos capacidade de atrair consumidores podem oferecer incentivos financeiros aos distribuidores para que estes intercedam a

favor de suas marcas, em detrimento da marca com maior poder de mercado junto aos clientes. Tais incentivos vão desde maiores margens de lucro até a assistência em marketing e propaganda.

- Não raro, produtores importantes investem nos negócios de distribuidores de seus produtos, mediante assistência em campos diversos, como capital inicial, financiamento, treinamento de vendas, planos de arquitetura, escolha de locação, planos de propaganda etc. A comercialização pelos distribuidores (na mesma região ou no mesmo ponto de venda) de um produto rival ao do produtor que realiza os investimentos, caracteriza uma conduta oportunista por parte dos fabricantes da mercadoria concorrente. Um exemplo tradicional deste tipo de oportunismo é o caso do produtor de sorvete que fornece geladeiras para o distribuidor e este as utiliza para a venda de outras marcas de sorvete.
- Inovações no produto estão sujeitas a condutas oportunistas. Muitas vezes essas inovações não estão, ou não podem estar, integralmente protegidas por patente e leis de proteção. Empresas rivais às empresas inovadoras copiam seus produtos criando condição propícia para que o distribuidor favoreça a venda do produto copiado¹⁰. No mercado da moda, por exemplo, o acordo de exclusividade tornou-se uma conduta comum, pois os modelos e padrões de roupa são muito suscetíveis a cópias. Esse tipo de oportunismo aplica-se também a outros elementos, como receitas, fórmulas, estratégias de mercado, etc.
- Um outro procedimento oportunista por parte dos distribuidores pode ocorrer no campo da qualidade dos produtos, quando o distribuidor “monta” o produto a partir de bens intermediários de qualidade inferior a daqueles que supostamente deveriam ser utilizados. Uma ilustração dessa situação está nas redes de *fast-food* em que um proprietário de uma loja franqueada utiliza pães de qualidade inferior ao padrão estipulada pela marca. Para aumentar sua margem de lucro estará agindo de maneira oportunista, prejudicando a marca da rede. Esse tipo de oportunismo é mais comum em produtos cuja qualidade é difícil ou impossível de se distinguir à primeira vista, como, por exemplo, gasolina (que pode estar adulterada) e peças de reposição para o concerto de bens duráveis (carros). Caso não haja um acordo de exclusividade, os custos de policiamento dos fabricantes sobre os distribuidores seriam economicamente

¹⁰ Considerando que este será mais barato por não ter tido gastos com desenvolvimento e tecnologia.

impraticáveis. O acordo de exclusividade aparece, então, como uma conduta que reduz consideravelmente os custos de inspeção. Obviamente, um distribuidor pode agir de maneira desonesta e oportunista, mesmo havendo o acordo de exclusividade. No entanto, o acordo serve para reforçar a relação produtor/distribuidor gerando um ativo intangível que aumenta a credibilidade do distribuidor e, em consequência, da marca no mercado.

Como examinado anteriormente, o acordo de exclusividade gera também eficiências não relacionadas à inibição do comportamento oportunista, as quais estão associadas à condição de parceria criada pelo acordo. Um distribuidor que trabalha com mais de uma marca de algum produto divide seus esforços reduzindo, necessariamente, o desempenho de ambas em relação a uma situação na qual fosse considerada apenas uma marca. Outro exemplo de eficiência baseado em ação conjunta entre produtor e distribuidor é a redução dos custos de distribuição em si. Para produtores e distribuidores, acordos de exclusividade propiciam a redução de custos administrativos e financeiros (redução de risco). Ressalte-se que o distribuidor deve considerar os ganhos e as perdas advindas do acordo, essas últimas resultantes principalmente da perda da economia de escopo e de clientela em busca de outras marcas.

Vale ressaltar que segmentar a análise das várias eficiências relativas à redução dos custos de transação tem como objetivo facilitar o entendimento das relações entre o acordo de exclusividade e as vantagens dele advindas. Na realidade, os efeitos positivos dos acordos estão, muitas vezes, interligados e/ou associados a uma mesma prática. De fato, como sublinha Ornstein (1989):

Acordos de exclusividade podem ser adotados por várias razões de eficiência. Esses constroem uma rede contratual de relações verticais que vai desde integração vertical à troca pura regida pelo mercado (tipos de governança). Não há um tipo de eficiência associada ao acordo de exclusividade comum a todos os casos. Acordos de exclusividade podem ter diversas funções como, proteger os investimentos dos produtores em propaganda, as inovações em desenho do produto, a reputação de uma marca, a qualidade de um produto; fornecer incentivos adicionais a distribuidores; reduzir custos de transação para produtores e distribuidores; assegurar investimentos de longo prazo em bens específicos. De várias maneiras acordos de exclusividade servem para aumentar a

concorrência, diminuindo custos de distribuição e aumentando a demanda de produtos.

II.3 Os Efeitos Líquidos dos Acordos de Exclusividade

A partir do exposto neste capítulo é possível resumir os principais efeitos anticompetitivos e as principais eficiências resultantes de um acordo de exclusividade.

Segundo a resolução 20/99 do CADE, os efeitos anticompetitivos estão geralmente associados: (i) à implementação de condutas colusivas, tendentes usualmente à cartelização, no mercado "de origem", quando os acordos de exclusividade são utilizados como instrumento de divisão do mercado entre produtos substitutos; e/ou (ii) ao aumento unilateral do poder de mercado da empresa que impõe a exclusividade, por meio do "bloqueio" e/ou aumento de barreiras à entrada no segmento de distribuição (ou de fornecimento de insumos), o que pode resultar diretamente de cláusulas contratuais, ou, indiretamente, do aumento de custos imposto aos rivais.

Ainda de acordo com a resolução 20/99 do CADE, o principal benefício relativo à prática da conduta focalizada é a economia de custos de transação, resultante da busca de contenção de condutas oportunistas em defesa de investimentos não recuperáveis, como em marcas e tecnologia, e na proteção de ativos específicos. Outra eficiência derivada de um acordo de exclusividade não citada na resolução do CADE, contudo relevante para a discussão desenvolvida no próximo capítulo, está no fato de o acordo incentivar uma maior adesão dos agentes ao projeto comercial sob cobertura do mesmo. Ambos os benefícios serão sublinhados na análise realizada no capítulo que se segue.

CAPÍTULO III – Estudo de Caso (acordo de exclusividade simples e cláusula de Raio)

Neste capítulo serão descritos, comparados e discutidos dois votos de conselheiros do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) referentes a casos distintos de aplicação de acordos de exclusividade: um acordo de exclusividade do tipo convencional e um relativo à aplicação de cláusula de raio. A discussão será feita à luz da teoria econômica exposta nos capítulos anteriores e tem como metas principais: (i) analisar a conduta examinada em cada um dos votos e discutir sua legitimidade do ponto de vista da legislação antitruste brasileira, isso é, avaliar se a conduta é, ou não, lesiva ao processo de concorrência; e (ii) analisar a estrutura e o desenvolvimento dos pareceres, discutindo em que medida os argumentos neles utilizados estão em conformidade com os preceitos econômicos da teoria, focalizados nos capítulos anteriores.

Antes de entrar no mérito das questões acima enunciadas, parece útil descrever, ainda que de forma sumária, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e a rotina dos processos relativos à defesa da concorrência no país, uma vez que os pareceres que serão analisados adiante são resultantes de casos julgados pelo CADE.

III.1 O SBDC e os processos relativos à defesa da concorrência¹¹

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) tem como função prevenir e reprimir ações que possam limitar ou prejudicar a livre concorrência no país. Como descrito no *site* do Ministério da Justiça, o “SBDC é composto pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça; pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae), órgão do Ministério da Fazenda; e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça”. Ainda de acordo com o Ministério da Justiça, os órgãos do SBDC devem desempenhar as seguintes funções: (i) SDE - instruir a análise concorrencial dos atos de concentração econômica (fusões,

¹¹ A rotina do processo de análise e estudo de condutas anticompetitivas ou atos de concentração mescla conceitos e procedimentos relativos à economia e ao direito. Tendo em vista o objetivo desta monografia, esta seção será basicamente descritiva e não se aprofundará no que diz respeito aos aspectos burocráticos e formais do processo, mormente os relacionados ao direito.

aquisições, etc.), bem como investigar infrações à ordem econômica; (ii) Seae - emitir pareceres econômicos em atos de concentração, investigar condutas para oferecer representação à SDE, bem como elaborar facultativamente pareceres em investigações sobre condutas anticoncorrenciais; (iii) CADE – responsabilizar-se pela decisão final, na esfera administrativa, dos processos iniciados pela SDE ou Seae. Após receber os pareceres da SDE e Seae, que não são vinculativos, o CADE tem a tarefa de julgar tanto os processos administrativos que tratam de condutas anticoncorrenciais, quanto as análises de atos de concentração econômica.

Os processos relativos à defesa da concorrência sempre têm origem em uma denúncia (representação) feita à SDE (Secretária de Defesa Econômica) ou a Seae. Essa denúncia geralmente é feita pela parte que se julga lesada ou pela própria procuradoria do CADE (PROCADE), sobretudo em caso de atos de concentração¹². No entanto, a acusação pode ser feita até mesmo por pessoa física, ou de maneira anônima. Por exemplo, um ex-funcionário de uma empresa envia provas à SDE demonstrando que esta participava de um cartel.

Após a denúncia, a SDE realiza uma averiguação preliminar para determinar se é necessário abrir um processo. Caso a denúncia seja pertinente e possa representar uma ameaça ao processo concorrencial, a SDE instaura um processo. Vale ressaltar que os órgãos de defesa da concorrência (SDE, CADE, Seae) são, por definição, imparciais e têm sempre como objetivo propiciar um ambiente econômico que favoreça o processo concorrencial. Ressalve-se que, desde o momento em que é feita a denuncia até o julgamento final do processo, ambas as partes envolvidas (acusador/acusada; representante/representada) podem “interferir” no processo mediante pareceres particulares realizados por economistas e advogados por elas contratados¹³. O processo instaurado pela SDE é basicamente um estudo sobre a conduta ou ato praticado, baseado em uma extensa investigação e um exaustivo levantamento de informações. Nesse estágio do processo, a Seae participa (principalmente em casos de atos de concentração) de maneira opinativa. Oferece um parecer com sua

¹² Outros casos em que freqüentemente o PROCADE realiza acusações são decorrentes da abertura de um processo sobre determinada conduta. De fato, o PROCADE tende a investigar se a conduta em análise (ou uma conduta similar a esta) é também praticada por outras empresas.

¹³ Uma analogia a essa circunstância seria o uso de peritos particulares em casos criminais.

opinião sobre o caso, ainda que não detenha poder para decidir se a conduta (ou o ato) configura, ou não, uma prática anticompetitiva. O parecer da SDE, que já contém um juízo sobre a conduta, é endereçado ao CADE sugerindo a condenação da prática em análise ou o arquivamento do caso. De início, o CADE seria apenas o juiz que “bate o martelo” sobre a decisão da SDE. Quase sempre o CADE arquivava o caso quando o parecer da SDE aponta nessa direção. Todavia, quando a conduta é condenada pela SDE, o CADE normalmente inicia uma instrução (coleta e análise de informações adicionais) sobre o processo. Um conselheiro relator é escolhido e fica responsável por desenvolver um relatório descritivo sobre a conduta e apresentar o seu voto, utilizando todas as informações colhidas ao longo do processo. Como no caso da SDE, o voto do conselheiro-relator expõe em sua conclusão um juízo sobre a conduta em exame. Esse voto é submetido ao plenário do CADE, formado por sete conselheiros, e a decisão sobre o mesmo se dá por maioria simples. Há a possibilidade de um conselheiro solicitar vista do processo, recurso que representa um pedido de adiamento da decisão para que o conselheiro demandante possa estudar o caso mais detalhadamente¹⁴. Após esse período, realiza-se uma nova plenária na qual a votação é levada a cabo, definindo um juízo sobre a conduta. Caso a conduta seja considerada ilegal, a pena (geralmente constituída por multa e imediata cessação da infração) já está descrita e definida no voto do conselheiro relator. O material que será estudado nesta monografia está composto por votos finais apresentados pelos conselheiros-relatores do CADE, em dois casos envolvendo acordos de exclusividade.

III. 2 – Descrição da Conduta e Condições para o Exercício de Poder de Mercado

A cláusula de raio é uma conduta restritiva vertical comumente utilizada por *Shopping centers* (administradores) em seus contratos com os lojistas. O formulador do contrato (locador) inclui a cláusula a qual proíbe ao locatário “a instalação de outra loja com feitiço e ramo assemelhados ao SUC locado e também às empresas ou firmas das quais a locatária, ou seus sócios venham a participar, direta ou indiretamente, como quotistas ou acionistas ou que tenham qualquer vínculo comercial ou de qualquer natureza com a locatária, ou seus

¹⁴ Até mesmo neste estágio do processo as partes envolvidas (representante e representada) podem municiar

sócios, ainda que esporádico”¹⁵ em uma região qualquer (no caso específico em um raio) determinada no contrato.

No segundo capítulo desta monografia foi estudado e discutido o acordo de exclusividade, suas eficiências e efeitos anticompetitivos. Sublinhe-se que a literatura disponível não prevê, nem tampouco descreve, todos os possíveis tipos de acordos de exclusividade. O modelo mais geral, e mais comumente utilizado pela teoria, trata de acordos entre agentes localizados em diferentes pontos da cadeia produtiva/comercial, isto é entre produtor e distribuidor. Como já afirmado, um dos casos que será focalizado neste capítulo está referido a um tipo específico de acordo de exclusividade, isto é, aquele que se utiliza de cláusula de raio. Em consequência, faz-se necessário algum esforço de interpretação e adequação do mesmo à teoria antes descrita.

A descrição e o exame dos dois casos focalizados serão desenvolvidos seguindo a ordem da análise presente nos votos dos conselheiros-relatores do CADE. A discussão realizada procura, por sua vez, destacar as similitudes existentes entre os votos dos dois casos e contrapor a argumentação que os sustenta aos princípios teóricos descritos nos dois primeiros capítulos desta monografia. Em outras palavras, têm como objetivo sublinhar os aspectos comuns aos votos, os pontos sobre os quais divergem e discutir como os relatores utilizaram a teoria para interpretar a conduta. Vale sublinhar que os votos estudados têm como origem processos administrativos protocolizados contra uma mesma representada (acusada). Por possuírem muitos conceitos e definições em comum, os votos serão analisados, num primeiro momento, em paralelo.

III.2.1- Descrição das Condutas

Os dois votos estudados tratam de cláusulas similares aplicadas pelo mesmo Shopping Center (Iguatemi) em seus contratos com os lojistas. O primeiro deles¹⁶, datado de julho de 2003, tem como conselheiro-relator Roberto Pfeiffer, como representante a Participações

os conselheiros com seus pareceres particulares.

¹⁵ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.4-5 .

¹⁶ Doravante este voto será referido como sendo *caso Iguatemi vs. Jardim Sul*.

Morro Vermelho Ltda. e como representada o Condomínio Shopping Center Iguatemi e Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda¹⁷. A representante acusa a representada de conduta contrária à ordem econômica, ao inserir nos contratos de locação das lojas situadas no Shopping Center Iguatemi cláusula proibindo o locatário de instalar-se no Shopping Center Jardim Sul¹⁸, fato que configuraria infração à ordem econômica segundo o art. 20 e 21, incisos IV e V, da Lei nº 8884/94. Ainda segundo a representante, tal cláusula possui o efeito de impedir ou dificultar o funcionamento normal de shopping centers concorrentes, privando-os do acesso a determinadas lojas-chaves para a formação de um *tenant mix*¹⁹ capaz de competir no mercado relevante.

O segundo caso²⁰, cujo voto é datado de setembro de 2007, tem como conselheiro-relator Luís Fernando Rigato, como representante o PROCAD e como representada o Condomínio Shopping Center Iguatemi²¹. A representação partiu da apreciação de uma “consulta” encaminhada pela Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo, solicitando o posicionamento do CADE sobre a “questão das cláusulas de raio” inseridas em contratos de locação entre lojistas e shopping centers. No caso em foco, a representada estaria incluindo em seus contratos de locação uma cláusula que proíbe o lojista de ter outro estabelecimento no mesmo ramo de atividade em um raio de 2.500 metros.

Apesar de o primeiro voto tratar de uma cláusula de acordo de exclusividade simples e o segundo tratar de uma cláusula de raio, será possível perceber que em ambos os casos, tanto o método de análise, quanto as consequências das condutas, são bastante similares. Vale destacar, ainda, que o primeiro voto tem como origem de sua representação um Shopping rival descontente com a conduta adotada pelo Shopping Center Iguatemi. Já no segundo caso, a origem da representação está no descontentamento dos lojistas com o fato de a instalação de uma loja no Shopping Center Iguatemi impedi-los de abrir uma outra loja

¹⁷ Processo administrativo nº 08012.00001/98-82

¹⁸ Também estavam sujeitos à referida cláusula os shoppings: Eldorado, Morumbi, Villa-Lobos, Higienópolis e Garden Mall.

¹⁹ Conjunto de lojas do Shopping Center.

²⁰ Doravante este voto será referido como *caso Iguatemi vs. Alshop* (Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo).

²¹ Processo administrativo nº 08012.006636/1997-43

similar na circunvizinhança do mesmo, seja em um *shopping center* concorrente ou no comércio de rua.

III.2.2 - Comprovação da Prática da Conduta

Na defesa da concorrência, a comprovação da prática da conduta é crucial para que se possa levar o caso a juízo. Em outras palavras, para que seja possível instaurar um processo em relação à conduta é indispensável a comprovação da mesma. Em muitas ocasiões, principalmente em casos de conduta horizontal, como cartel, conluio e acordos tácitos, a comprovação da prática é objeto de investigação, visto que tais práticas são resultantes de acordos confidenciais, não explícitos. Nessa circunstância, a comprovação da prática depende de fatores como escutas, gravações, provas “não oficiais” etc. Ressalte-se, todavia, que esse não é o caso do estudo presente, dado que em ambas as condutas analisadas a cláusula de exclusividade está definida, com clareza, no contrato entre locador e locatário, o que, por si só, já comprova e evidencia a conduta. Sobre esse ponto, o relator Pfeiffer afirma:

“Há provas documentais que demonstram que a conduta objeto de investigação foi efetivamente praticada pela Representada, pois diversos contratos comprovam a inclusão da cláusula. Na realidade, a prática da conduta constitui-se em fato incontroverso, na medida em que a própria Representada expressamente confessa a inserção da cláusula em seu contratos²².”

III.2.3. - Definição do Mercado Relevante

a) Dimensão Produto

A definição do mercado relevante está entre os pontos mais polêmicos e decisivos do processo de análise das condutas examinadas nos votos em consideração. O método de definição de mercado relevante descrito no primeiro capítulo desta monografia parece, em princípio, simples e preciso. Contudo, no caso específico das condutas em foco, essa definição não é tão óbvia. Nesse ponto revelam-se as dificuldades que envolvem a

²² Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.7.

adequação da teoria a um caso concreto (cláusula de raio) que não segue o modelo padrão descrito pelos manuais, a saber, acordos entre agentes localizados em diferentes pontos da cadeia produtiva/comercial. Como observa o conselheiro-relator Pfeiffer, o conselheiro relator de um dos votos em estudo, o teste do monopolista hipotético é uma ferramenta fundamental para se visualizar a intercambialidade entre produtos. Todavia, no caso de cláusulas de raio o teste do monopolista não é um procedimento suficiente para se demarcar o mercado relevante, tanto por motivos práticos (dificuldade de inferir da elasticidade cruzada da demanda), quanto pelos obstáculos enfrentados para se definir os produtos que devem ser considerados.

Dado o quadro anterior, o primeiro passo para se determinar o mercado relevante com referência ao produto é definir o “negócio shopping center”, o que implica conhecer que produto que o shopping vende e para quem vende. Sobre esse ponto o relator Pfeiffer adverte que *“somente entendendo qual o “produto” oferecido nesse mercado poderemos definir qual é o mercado relevante em questão”²³*.

Demarcar o produto oferecido no caso em questão requer, por seu turno, compreender a lógica de operação da indústria de Shopping Centers, tarefa que pode ser auxiliada pelo conceito de mercado de dois lados (*two-sided market*). Segundo Rigato, relator do segundo voto utilizado neste trabalho, *“um mercado de dois lados é um mercado que apresenta dois consumidores que se relacionam por meio da intervenção de um terceiro ator, o gestor do empreendimento. Esse último precisa atrair ambos os consumidores para viabilizar a transação entre eles, enquanto oferta o seu produto”²⁴*. De posse dessa definição é possível concluir que o Shopping Center é o gestor do empreendimento, enquanto que os lojistas e os consumidores finais são os seus clientes²⁵. Sobre a relação entre esses três agentes (shopping, lojistas e consumidor final) o conselheiro Pfeiffer afirma: *“como demonstrado, a idéia de que o consumidor final é cliente apenas do lojista e não do shopping center é equivocada. Apesar do consumidor realizar a compra na loja, ele também é cliente do*

²³ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.8.

²⁴ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.7.

²⁵ Outros exemplos de mercados de dois lados são: Administradores de cartões de crédito que têm como clientes os consumidores e os lojistas; produtores de vídeo games que precisam dos usuários e dos desenvolvedores de jogos; imobiliárias que têm como clientes tanto inquilinos/compradores como senhorio/vendedores.

*shopping, não só porque este auferir lucros a partir do aluguel cobrado com base no faturamento variável das lojas, mas também porque o shopping vende a comodidade para as compras, que estão expressos no menor custo de transporte, na facilidade de estacionamento, na variedade apresentada pelo seu tenant mix, entre outros fatores.*²⁶”

Cumpra lembrar que a literatura sobre o “negócio *shopping centers*” entende os centros comerciais como ambientes que geram economia de aglomeração com aproveitamento mútuo de externalidades positivas. Assim, para o relator Pfeiffer “o *negócio do shopping center é justamente promover esse espaço, onde lojistas e clientes se unem para realizar uma transação mutuamente benéfica. A atração desses dois tipos de “clientes”, quais sejam, lojas e consumidores finais, faz com que o shopping entre em um círculo virtuoso: quanto mais consumidores for capaz de atrair, mais lojistas estarão interessados em estabelecer uma filial de sua loja neste shopping; como consequência, quanto mais lojas e facilidades um shopping tiver, mais consumidores será capaz de atrair*²⁷.” Para por em marcha esse círculo virtuoso o shopping realiza uma série de investimentos que vão desde a escolha e compra do terreno onde se instalará até um estudo para o desenvolvimento do melhor *tenant mix* possível.

Em ambos os casos estudados, a SDE já havia definido o mercado relevante do produto oferecido pelo shopping Iguatemi como os “**espaços para locação comercial em shopping centers de alto padrão**”. Tal compreensão do problema exclui o comércio de rua do mercado relevante, visto que o produto oferecido pelos shopping centers (diversidade de serviços e vantagens oferecidos) não é similar ao produto oferecido pelo comércio de rua. Por sua vez, a segmentação de shopping centers por padrão (alto, médio ou baixo) está associada ao gasto médio dos frequentadores do mesmo. Segundo a SDE (apud voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p10):

“Apresentados os motivos pelos quais se entende que lojas de rua não são substitutas de lojas em shoppings, passa-se a analisar se o segmento de “shopping centers” forma um mercado relevante único ou se possui diferenciações significativas em face do público alvo e da própria estrutura do tenant mix. Novamente, vale recorrer aqui às regras da experiência e à pesquisa sobre o perfil

²⁶ As formas de remuneração serão estudadas detalhadamente no desenvolver deste capítulo.

²⁷ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.13.

dos clientes de shopping centers feita pelo Instituto de Pesquisa & Desenvolvimento de mercado (IPMD). Os dados presentes nesse documento apontam para diferenças no comportamento da demanda por serviços e produtos em shopping centers entre várias classes sociais, dentre as quais, pode-se citar: (i) maior utilização dos serviços presentes pelas classes A e B; (ii) maior preferência do shopping center como canal de compra pelas classes A e B; e (iii) significativa diferença no gasto médio com produtos entre a classe A (R\$108) e as demais (R\$61, R\$46, R\$28 para as classes B, C e D respectivamente).

Além da definição apresentada pela SDE, os dois votos em análise utilizam o “método” de classificação da Associação Brasileira de Shopping Centers (ABRASCE) para definir o mercado relevante da representada (Shopping Iguatemi). A ABRASCE propõe uma segmentação que leva em consideração a formação do *tenant mix* e o público freqüentador. Tal critério permite identificar seis tipos de shopping centers, todos eles citados por Pfeiffer em seu voto. São eles: (i) shopping regional, aquele que tem como atração lojas âncoras,²⁸ ademais de abrigar lojas voltadas para o mall interno; (ii) shopping comunitário, geralmente aquele que concentra lojas off-price; (iii) shopping de vizinhança, aquele que atua no sentido de fornecer conveniência na compra das necessidades do dia-dia, tendo como âncora um supermercado; (iv) shopping especializado, aquele que possui um mix específico de lojas, por exemplo, as voltadas para artigos do lar; (v) *outlet center*, aquele que abriga fabricantes vendendo suas próprias marcas com desconto, além de varejistas off-price; e (vi) festival center, aquele especializado em entretenimento, localizado em áreas turísticas.

Tendo como referência as considerações anteriores, ambos os conselheiros responsáveis pelos votos examinados neste trabalho convergem no que se refere à definição do mercado relevante do Shopping Iguatemi (com respeito ao produto), a saber, **shopping centers regionais de alto padrão.**

²⁸ Lojas âncoras são grandes lojas (as principais na definição do tenant mix do shopping) que atraem muitos clientes.

b) Dimensão Geográfica

Definido o mercado relevante na dimensão do produto, faz-se necessário delimitar o mercado relevante geográfico. A intercessão dos dois critérios (produto e localização espacial) permite determinar de forma inequívoca o mercado relevante de referência, isso é, quais são, de fato, os shopping centers concorrentes da representada. Para definir o mercado relevante geográfico, os dois pareceristas responsáveis pelos votos analisados neste trabalho adotaram metodologias distintas, descritas a seguir.

O conselheiro-relator Pfeiffer partiu da premissa de que *“o mercado relevante geográfico é a área onde operam os efeitos da prática que está sendo considerada como restritiva. Na hipótese, os efeitos incidem sobre os shopping centers concorrentes do Iguatemi nominados nos seus contratos de locação, nos quais não poderiam ser instaladas as lojas que possuem avença contratual prevendo exclusividade²⁹”*. O conselheiro adotou o ponto de vista de que a análise de casos envolvendo o comportamento de agentes no mercado deve basear-se na avaliação dos efeitos da conduta adotada. Não recorre, ou pelo menos não se refere, a estudos sobre “capacidade de locomoção” dos frequentadores do Shopping Iguatemi, avaliando o quanto tais clientes estariam dispostos à locomoção, caso a representada comesse a praticar preços abusivos. Para ele, a própria cláusula já delimitava o mercado relevante geográfico *“como a região constituída pela “área de atuação” do Shopping Iguatemi, que abrange os shopping centers citados nominalmente nas cláusulas estabelecidas nos contratos de locação”*. Essa área alcançaria, aproximadamente, a Zona Oeste, o norte da Zona Sul e o oeste da Zona Central da cidade de São Paulo.

Por seu turno, conselheiro-relator Rigato inicia a seção de definição do mercado relevante geográfico descrevendo a abordagem utilizada pela SDE que delimita *“a área máxima que os consumidores (lojistas/compradores) da representada estariam dispostos a percorrer na hipótese de um abuso da posição dominante, a exemplo de uma elevação abusiva nos preços dos produtos, o que permitiria conhecer todos shopping centers de alto padrão que*

²⁹ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.34.

*concorriam diretamente com o Iguatemi*³⁰.” Para tanto, a SDE utilizou uma pesquisa apresentada pela própria representada no processo administrativo anteriormente comentado (Pfeiffer), a qual definia os pontos de origem e de destino dos freqüentadores do Iguatemi. O resultado de tal pesquisa indicava que 83% das origens e destinos dos freqüentadores do shopping em foco eram, mais uma vez, a Zona Oeste, o norte da Zona Sul, e o oeste da Zona Central da cidade de São Paulo. Fazendo uso de argumentos distintos, o conselheiro Rigato acaba por definir, em consonância com a SDE, o mesmo mercado relevante geográfico apontado por Pfeiffer. Note-se, no entanto, que o relator Rigato não utilizou a cláusula que deu origem ao processo sob sua responsabilidade (cláusula de raio: 2.500 metros) para delimitar o mercado relevante.

Para concluir esta seção, vale ressaltar que o “exercício” de estimativa da área que os freqüentadores do Iguatemi estariam dispostos a percorrer, caso este praticasse preços abusivos, obedece exatamente ao método do monopolista hipotético exposto no primeiro capítulo. O que há de diferente é o fato, sublinhado pelo relator Pfeiffer, de que a própria conduta já descreve/define o mercado relevante e seus participantes.

III.2.4 - Identificação dos Participantes do Mercado Relevante

Como exposto na seção anterior, para identificação dos participantes do mercado relevante basta examinar a intercessão do mercado relevante relativo ao produto com o mercado relevante geográfico. Em relação a essa questão, o conselheiro-relator Pfeiffer adota, novamente, a metodologia que considera os efeitos decorrentes de fato da prática em questão, rotina que define como participantes do mercado relevante os shopping centers incluídos nas cláusulas presentes nos contratos do Iguatemi. Essa metodologia foi seguida e validada pelo conselheiro Rigato no processo sob sua responsabilidade. Sublinhe-se que o caso examinado por Rigato tratava da aplicação de cláusula de raio, não havendo, por consequência, a nomeação de shopping centers no processo. Dada tal circunstância, é possível constatar que Rigato baseou-se em informações existentes em processo correlato e

³⁰ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.12.

anterior, qual seja o processo analisado pelo relator Pfeiffer. Essa prática não é incomum, nos votos dos conselheiros do CADE.

Além do critério descrito no parágrafo anterior, ambos os conselheiros utilizam uma pesquisa realizada pela própria representada no desenvolver do processo do caso Iguatemi vs. Jardim Sul para reforçar a identificação dos participantes do mercado relevante. Nessa pesquisa foi perguntado a 70 lojistas quais seriam as melhores alternativas para a instalação de novas lojas. O resultado aponta os mesmos shopping centers presentes nos contratos do Iguatemi³¹, com exceção de um³². Ademais, o resultado está de acordo, tanto com a definição de mercado relevante referente ao produto (*shopping centers* regionais de alto padrão), quanto com o mercado relevante definido pelo critério geográfico.

III.2.5 - Forma de Remuneração Específica: aluguel mínimo e aluguel variável

A forma de remuneração tradicionalmente utilizada na indústria de shopping centers é o aluguel variável/mínimo. Estipula-se uma percentagem do faturamento do lojista para ser paga ao shopping e, concomitantemente, um valor mínimo de aluguel que deve ser honrado, caso o percentual aplicado sobre o faturamento lhe seja inferior. Segundo Rubens Requião³³ *“o empreendedor locador não pretende remunerar o seu investimento apenas com o aluguel fixo, mas com uma participação na percentagem do resultado das vendas da loja locada. Nisso reside a idéia original da organização (...) o que há de fato de inovador nos shopping centers é a relação contratual que assegura a participação dos investidores no faturamento(e, portanto, nos lucros) das atividades que ali se desenvolvem. Estabelece-se uma permanente integração entre os interesses dos empreendedores do shopping center e os dos comerciantes, que constitui a base para realização posterior de ganhos, de produtividade, onde parcela significativa é inclusive transferida para os consumidores”*³⁴. Esse argumento reforça a idéia de parceria entre os lojistas e a administradora do shopping (círculo virtuoso) e está na base da defesa apresentada pela representada, como se verá mais adiante.

³¹ Shopping Center Morumbi, Eldorado, Pátio Higienópolis, Jardim Sul, Villa Lobos.

³² Shopping Anália Franco

³³ Estudioso da indústria do Shopping Center

³⁴ Apud voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.23.

III. 2.6 - Inferência de Poder de Mercado

Como descrito no primeiro capítulo, a existência de poder de mercado é condição necessária, ainda que não suficiente, para aplicação das leis antitruste. Isso significa que o poder de mercado é condição indispensável para que as condutas praticadas por um determinado agente tenham efeitos sobre seus concorrentes. Em relação a essa questão tanto o conselheiro Pfeiffer, quanto o relator Rigato discutem o poder de mercado tomando como base dados referentes aos shopping centers pertencentes ao mercado relevante em quesitos tais como: participação no faturamento de aluguel, participação no total anual de vendas e valor médio de locação do m². Vale ressaltar que nesta seção o conselheiro Rigato expõe a análise feita pela SDE referente à inferência de poder mercado a qual segue aquela metodologia.

As informações da **Tabela 1** permitem identificar diferenças importantes na posição de cada shopping no mercado relevante. Por exemplo, o valor cobrado pelo aluguel do metro quadrado do Shopping Iguatemi excede em mais de 50% o valor cobrado pelo metro quadrado do segundo shopping mais valorizado (Morumbi). Esse diferencial alcança quase 250% quando a comparação tem como referência o shopping menos valorizado (Villa Lobos).

Tabela 1 – Caso Iguatemi vs. Jardim Sul
Shopping centers componentes do mercado relevante estudado
Faturamento, área bruta locável (ABL) e valor médio do aluguel

Shopping	Inauguração (ano)	(a) ABL (mil m ²)	(b) Faturamento (milhões R\$)	(b)/(a) (R\$ por m ²)	Valor médio do aluguel (R\$ por m ²)
Iguatemi	1966	34	513,00	15.157,00	190,00
Morumbi	1982	45	365,00	8.053,00	123,00
Higienópolis	1999	28	294,00	10.500,00	113,00
Eldorado	1981	61	336,00	5.500,00	73,00
Villa-Lobos	2000	26	143,00	5.500,00	55,00
Jardim Sul	1990	18	117,00	6.700,00	65,00

Fonte: Voto do Conselheiro-Relator no Processo administrativo nº 08012.00001/98-82, p.38.

Vale lembrar que, no primeiro capítulo desta monografia, o conceito de posição dominante ficou definido como a posição na qual um agente controla uma fração fundamental de um

mercado relevante, o que corresponderia a uma participação igual ou superior a 20%. A **Tabela 2**³⁵ mostra que a participação do Shopping Iguatemi no valor anual das vendas e das receitas de aluguéis alcança a ordem de 30%, apesar de o preço médio do aluguel do metro quadrado praticado por esse shopping ser consideravelmente maior que o de seus concorrentes. Esse fato indica que o Shopping Iguatemi muito provavelmente detém poder de mercado, como observam os dois relatores cujos votos estão em exame nesta monografia. É importante frisar que tal constatação já está presente no parecer da SDE no qual se baseiam as considerações dos conselheiros Pfeiffer e Rigato.

Tabela 2 – Caso Iguatemi vs. Jardim Sul
Shopping centers componentes do mercado relevante estudado
Participação no mercado relevante: valor das vendas e faturamento anual (2000)

Shopping	Participação (em %)	
	Valor anual das vendas	Receita anual de aluguel
Iguatemi	29,0	30,9
Morumbi	20,7	29,4
Eldorado	19,0	15,3
Higienópolis	16,6	12,5
Jardim Sul	6,6	6,9
Villa Lobos	8,1	5,0

Fonte: Voto do Conselheiro-Relator no Processo administrativo nº 08012.00001/98-82, p.36.

O relator Rigato ressalta ainda que os shopping centers Morumbi e Higienópolis são os mais similares ao Iguatemi, no que diz respeito a diferenciação vertical (tamanho, serviços oferecidos *tenant mix* etc.). Por sua vez, o shopping geograficamente mais próximo, o Eldorado, tolhido pela cláusula de raio, pouco se aproxima da representada, no que se refere à diferenciação vertical. De posse dessa constatação, Rigato afirma que o Eldorado apresenta sinais de não ser um concorrente efetivo do Iguatemi, fato corroborado por pesquisas que indicam que somente 19% de seu público pertence à classe A, proporção que alcança 70% no caso do Shopping Iguatemi. Essa evidência leva o conselheiro-relator a concluir que há indícios de que um aumento significativo e não transitório nos preços da representada

³⁵ Note que embora as tabelas expostas estejam presentes apenas do caso Iguatemi vs. Jardim Sul, o conselheiro Rigato (caso Iguatemi vs. Alshop) teve acesso a estas. Ambas servem para ilustrar a metodologia adotada pelos conselheiros.

levariam a um aumento de receita, sem perda significativa de clientes (consumidores e, consequentemente, lojistas) na região delimitada como mercado relevante.

Por sua vez, na seção do parecer que trata da inferência de poder de mercado do Iguatemi, o conselheiro-relator Pfeiffer argumenta que a representada constrói seu poder de mercado mediante a diferenciação de seu produto. Sublinha que a própria representada afirma ser “*o ponto comercial mais valorizado do país, em razão de sua estratégia de diferenciação e de ser o shopping com o maior número de lojas exclusivas de renome internacional, que se espelha na atmosfera das ruas comerciais mais sofisticadas do mundo.*” O relator lembra, ademais, que a literatura econômica revela que firmas capazes de diferenciar seus produtos de maneira significativa conseguem, em consequência, praticar preços acima de seus custos marginais, de maneira sustentada. O conselheiro Pfeiffer considera ser essa “*uma estratégia legítima quando alcançada sem meios artificiais que importem em infração contra a livre concorrência*”³⁶. Pfeiffer entende, também, que o alto preço do aluguel do m² praticado pelo Iguatemi pode ser atribuído à sua melhor localização e/ou ao fato do mesmo agregar mais valor aos lojistas que outros shopping centers. A capacidade de manter seu preço de locação acima do de seus concorrentes indica, assim, a presença de poder de mercado. O conselheiro-relator lembra, ainda, que 73% dos lojistas entrevistados em uma pesquisa constante dos autos do processo consideram a cláusula de raio prejudicial a seus interesses e, mesmo assim, a ela se submetem. Esse seria mais um sinal do poder de mercado do Iguatemi.

Tanto o conselheiro Pfeiffer, quanto o relator Rigato concordam, em seus respectivos votos, que a representada detém poder de mercado. Segue a discussão em torno do fato de as condutas da representada funcionarem como barreiras à entrada capazes de reproduzir e sustentar, no tempo, seu poder de mercado.

³⁶ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.37.

III.2.7 - Existência de Barreiras à Entrada

Com base nos pareceres em estudo, esta seção examina se a representada tem capacidade de impor barreiras à entrada, gerando condições para o exercício de poder de mercado. Discute, também, em que mercado relevante tais barreiras estariam presentes. Em outras palavras, analisa se o mercado da indústria de *shopping centers* é suscetível a barreiras à entrada e se as condutas praticadas pela representada constituem, ou não, formas de elevar tais barreiras. Vale recordar que, no segundo capítulo desta monografia, foi sublinhado que o fechamento de mercado (*foreclosure*) pode aparecer como um dos efeitos anticompetitivos mais importantes de um acordo de exclusividade.

De acordo com o conselheiro-relator Pfeiffer, a análise de barreiras à entrada tem como objetivo verificar (voltando ao exercício do monopolista hipotético) se a prática de preços abusivos por uma firma em um determinado mercado enseja a entrada de novos concorrentes nesse mercado. Caso isto não aconteça, faz-se necessário examinar que fatores possibilitam a firma em consideração praticar preços acima de seus custos marginais, sem atrair novos competidores. Ainda segundo o conselheiro Pfeiffer, “*a análise das barreiras à entrada é necessária para se inferir se existe possibilidade de que a empresa seja capaz de manter seu poder de mercado*”³⁷.

Para iniciar a discussão o relator Pfeiffer expõe dois conceitos clássicos de barreira à entrada. O primeiro deles, apoiado nos trabalhos de Joe Bain, afirma que “*barreira à entrada é qualquer fator que faz com que a firma estabelecida seja capaz de manter seus preços acima de seus custos sem induzir a entrada de outras firmas.*”³⁸ Por essa definição, economias de escala, vantagens absolutas de custos, diferenciação de produtos e custos de capital inicial elevados podem ser entendidos como barreiras à entrada. O segundo conceito, extraído de Stigler, define barreira à entrada como “*sendo qualquer assimetria de custos entre as firmas estabelecidas e os entrantes, ou seja, seriam custos que devem ser arcados pelos entrantes, mas não pelas firmas já atuantes no mercado*”³⁹. Essa definição permite

³⁷ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.40.

³⁸ Apud, Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.41.

³⁹ Apud, Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.41.

desconsiderar a diferenciação de produtos⁴⁰ ou os altos custos de capital inicial como sendo barreiras à entrada, visto que são características estruturais da indústria estudada e tanto as empresas entrantes quanto as já estabelecidas têm que lidar com elas.

O relator Pfeiffer vê o conceito estabelecido por Bain, como um critério que contribui para o tratamento das barreiras à entrada no âmbito da discussão antitruste. Entretanto adverte tratar-se de um conceito por demais genérico para nortear a análise sob sua responsabilidade. Advoga, em consequência, que no caso em foco a adoção do critério de Stigler faz mais sentido, uma vez que identifica “*os fatores que efetivamente inibem a entrada de outras firmas, através da identificação da assimetria de custos entre concorrentes*”⁴¹.

É importante enfatizar que a análise de barreiras à entrada é mais complexa em mercados que têm produtos não homogêneos, dado que a diferença entre esses possibilita a prática de preços acima dos custos marginais. Como dito anteriormente, a indústria dos shopping centers trabalha com base na diferenciação do produto, fato que dificulta a análise em curso. Decorre disso a necessidade de se “*descobrir o que faz com que outros shopping centers não entrem nesse mercado*”.

O conselheiro-relator aponta a escassez de espaços para locação em São Paulo como a primeira barreira à entrada da indústria de shopping centers. Embora a representada tenha alegado em sua defesa que existe um “grande número de imóveis disponíveis”, é óbvio que no mercado relevante demarcado, levando em consideração a densidade de edificações que caracteriza a cidade de São Paulo, não há mais espaço físico para a construção de novos Shopping Centers Regionais. Além disso, é necessário considerar que “o prazo médio de construção de um shopping center é de cerca de três anos”. Logo, caso uma firma existente esteja praticando preços acima dos custos marginais e um empresário hipotético decida entrar nesse mercado, desde a tomada da decisão até a sua entrada de fato, decorreria um período de tempo que já não é considerado tempestivo (rápido), segundo o guia da Seae.

⁴⁰ De acordo com Stigler, “*a diferenciação de produtos é frequentemente tratada como uma barreira à entrada. Esse uso é correto somente se os custos de diferenciação forem maiores para uma nova firma do que para firma existente*”.

⁴¹ Apud, Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.42.

Outra barreira à entrada apresentada pelo conselheiro Pfeiffer é a vantagem de se agir primeiro (*first mover advantage*). Uma empresa pioneira em uma determinada atividade adquire vantagens competitivas “proporcionais” ao tempo de prática nesta área. Isso se deve tanto a ganhos de aprendizado (*know-how, learn-by-doing,*) quanto à ocupação de uma posição estratégica, o que se aplica ao caso do Iguatemi. Por ter sido o primeiro shopping a investir no conceito de “shopping de luxo”, o Iguatemi encontrou facilidades para atrair lojas de grife, circunstância que, por sua vez, é geradora do círculo virtuoso já descrito nesse trabalho. Tal círculo faz com que outras marcas prefiram se instalar no Iguatemi em função de sua imagem e posição mais consolidadas. Nesse quadro, para atrair essas marcas os outros shopping centers têm que enfrentar altos custos. Por seu turno, tais custos dificultam a entrada de novos shopping centers nesse segmento diferenciado. Note-se que as barreiras podem ser relativas tanto à entrada de uma firma, quanto à elevação ou diversificação de seu padrão.

Por último, o relator Pfeiffer afirma que nem todos os shopping centers incluídos no mercado relevante são ou pretendem ser concorrentes, de fato, do Iguatemi. Lembra que a representada justificou a adoção de cláusulas que vedam a instalação de lojas de seus clientes em um conjunto de “shopping centers concorrentes” com o argumento de que estes seriam *“aqueles cujo perfil está voltado ao mesmo apelo de marketing do Iguatemi, qual seja: requinte e diferenciação”*. Baseado nessa inferência, o relator julga *“o não acesso às lojas como uma barreira artificial à entrada de outros shopping centers no nicho em que atua o Iguatemi”⁴²*.

Em relação ao caso tratado no segundo processo em análise (cláusula de raio), o conselheiro Rigato expõe os quatro tipos de barreiras à entrada que, segundo ele, são consideradas pela literatura antitruste específica sobre comércio varejista e shopping centers. São elas: (i) a falta de espaço locacional para shopping centers; (ii) os expressivos custos de construção (custos irrecuperáveis elevados); (iii) cláusulas de exclusividade e (iv) cláusulas de raio. Como o caso sob sua responsabilidade refere-se à aplicação de uma cláusula de raio pela representada, o conselheiro considera que a mesma constitui uma barreira à entrada de fato.

⁴² Apud, Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.46.

Sublinhe-se que, em ambos os casos examinados neste trabalho, as condutas praticadas foram caracterizadas pelos seus respectivos pareceristas (CADE) como barreiras à entrada. Cumpre verificar, em seguida, se as barreiras impostas pelo Shopping Iguatemi implicam, ou não, fechamento de mercado (*foreclosure*). A seção a seguir analisa os efeitos decorrentes das duas condutas em foco e apresenta os principais argumentos e contra-argumentos das partes envolvidas (representante/representada). Pelo fato de esses argumentos estarem baseados na avaliação de duas condutas distintas (acordo de exclusividade simples e cláusula de raio), os pareceres seguem, a partir de determinado ponto, rotas distintas. Por esta razão, os pareceres serão, doravante, analisados em separado.

III.3 - Análise dos Efeitos Líquidos sobre a Concorrência

Pelo fato antes exposto, nesta seção os pareceres serão analisados separadamente. O quadro a seguir sintetiza o roteiro dos pontos abordados por cada um dos conselheiros, os quais serão discutidos nas subseções a seguir.

Quadro 1

Caso Jardim Sul vs. Iguatemi
Avaliação dos danos anticoncorrenciais (fechamento de mercado)
Autonomia da vontade versus tutela da livre concorrência e repressão ao abuso do poder econômico
A inexistência de racionalidade econômica para a exclusividade
Apreciação da cláusula como convenção de não concorrência
Tipificação da conduta praticada pelo representado como infração a ordem econômica
Sanções aplicadas
Caso Alshop vs. Iguatemi
Efeitos da conduta da representada
A questão da razoabilidade da cláusula de raio sobre o comércio de rua
A questão da razoabilidade da cláusula de raio sobre shopping centers
Conclusão e efeitos da cláusula de raio no presente caso
A reincidência
Proposta de TCC
Conclusão

a) Caso Jardim Sul vs. Iguatemi: P.A nº 08012.00001/98-82 (conselheiro Pfeiffer):

Avaliação dos Danos Anticoncorrenciais – Elevação de Barreiras à Entrada e Fechamento de Mercado

Segundo o conselheiro-relator Pfeiffer tudo indica que a cláusula de exclusividade presente nos contratos de locação do Iguatemi, visa atingir dois objetivos: (i) *“proteger o faturamento do shopping através do elevado aluguel-variável sobre determinadas lojas, pactuando a exclusividade de locação”*; (ii) *“evitar a concorrência de outros shopping centers, tornando-se diferenciado em relação a eles, criando um nicho em que se torna monopolista”*⁴³. Ainda de acordo com o relator Pfeiffer, o problema decorrente do acordo de exclusividade para o caso por ele examinado está no provável fechamento de mercado (*foreclosure*). Sobre esse ponto afirma: *“no caso em pauta, o fechamento ocorreria no acesso de shopping centers especificados (concorrentes do Shopping Iguatemi) às oportunidades de diferenciação vertical, que são definidas pela possibilidade de constituição de um conjunto de lojas de configuração superior”*⁴⁴. Do seu ponto de vista, caso a restrição vertical (o acordo de exclusividade) venha a implicar algum tipo de controle sobre as estratégias de competição dos shopping centers rivais, o Iguatemi poderá afetar os custos de diferenciação dos concorrentes ou até mesmo impossibilitar essa estratégia. Isso caracterizaria uma restrição à competição e um bloqueio à entrada de novos concorrentes.

No desenvolvimento de seu voto o conselheiro Pfeiffer passa a avaliar em que medida as barreiras à entrada impostas pela conduta resultam, ou não, em fechamento de mercado. Em relação a esse ponto atenta para a dificuldade de se definir o fechamento de mercado, uma vez que tanto o *Merger Guidelines*⁴⁵ dos EUA quanto a resolução nº20/99 do CADE não determinam um percentual específico que caracterize fechamento de mercado. O relator Pfeiffer lembra ainda que o padrão de concorrência da indústria do shopping center se baseia na diferenciação do produto e que o mais importante instrumento de diferenciação entre

⁴³ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.50.

⁴⁴ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.50.

⁴⁵ Referência para o desenvolvimento das políticas antitruste brasileira.

shopping centers é seu conjunto de lojas (*tenant mix*). Tendo em vista que a cláusula de exclusividade pode dificultar o processo de diferenciação vertical por parte dos shopping centers concorrentes do Iguatemi, o conselheiro-relator expõe uma questão chave para o desenvolvimento de sua análise: “*quantas lojas com cláusulas de exclusividade seriam necessárias para configurar fechamento de mercado neste caso?*”⁴⁶. Obviamente a resposta a essa pergunta não é simples e para respondê-la o conselheiro toma como ponto de partida os argumentos e contra-argumentos apresentados pela representada e pelo representante.

A representada apresentou uma lista contendo mais de 400 lojas de grifes que poderiam estar no Iguatemi, mas não estão por falta de espaço. Agrega a essa lista o fato de que apenas 51,5% das lojas presentes no Iguatemi têm a cláusula de exclusividade em seus contratos. Conjugando os dois pontos, a representada argumenta que jamais poderia ocorrer fechamento de mercado visto que o universo de opções/alternativas de lojas presentes e principalmente não presentes no Iguatemi é vasta. A representada sustenta, ademais, que seus concorrentes poderiam formar seu próprio *tenant mix* com lojas “substitutas” às lojas exclusivas do Iguatemi, disponíveis em todos os ramos de atividade do shopping.

Segundo o conselheiro-relator, a questão da substitubilidade entre lojas é controversa, principalmente na indústria dos shopping centers de luxo, em que a marca já representa um “ativo” *per se*. Isso é, grande parcela dos frequentadores desses shopping centers não está simplesmente em busca de um produto homogêneo, mas sim de um produto associado à uma determinada marca. Logo, de acordo com Pfeiffer “*neste contexto o fato das cláusulas de exclusividade existirem para “somente” em 51,5% dos contratos ou de existirem mais de 450 lojas que também poderiam estar no Iguatemi não acrescenta muito à análise*”⁴⁷.

A representante tentou inferir o grau de fechamento do mercado mediante o cruzamento de informações presentes em pesquisa feita pela revista de moda Vogue (que determinava as “marcas do desejo” dos consumidores de renda mais alta) com a lista de lojas que assinaram cláusula de exclusividade com o Iguatemi. Os resultados desse exercício estão apresentados na tabela que se segue.

⁴⁶ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.54.

Tabela 3 – Caso Jardim Sul vs. Iguatemi
Shopping centers componentes do mercado relevante estudado
Grau de fechamento de mercado por ramo de atividade

Ramos de Atividade	Grau de fechamento do mercado (em %)
Jeans	75,0
Moda Feminina Importada	66,7
Moda Masculina Importada	66,7
Maiô Feminino	66,7
Moda Teen	100,0
Moda Infantil	100,0
Bolsa Nacional	66,7
Sapato Feminino Estilistas	50,0
Joalheria	50,0

Fonte: Voto do Conselheiro-Relator no processo administrativo nº 08012.00001/98-82, p.56.

Para o relator Pfeiffer a inferência efetiva do fechamento de mercado é uma tarefa mais complexa do que supõe a representante. Na visão de Pfeiffer, isso pode ser demonstrado pelo fato de as cláusulas de exclusividade estarem dirigidas de maneira aleatória aos diversos shopping centers concorrentes. Ou seja, *“a loja X pode ter cláusula de exclusividade quanto ao Jardim Sul, mas não em relação ao Morumbi, a loja Y ter cláusula de exclusividade quanto ao Morumbi, mas não em relação ao El Dorado, e assim em diante”⁴⁸*. Logo, a inferência de fechamento de mercado deveria ser calculada em relação a cada concorrente separadamente e, mesmo nesse caso, seria difícil medir o resultado da prática implementada pelo Iguatemi, calculado com referência ao fechamento do mercado como um todo.

Para o conselheiro Pfeiffer, a resolução desse impasse requer, mais uma vez, o entendimento do “negócio shopping center”, mediante a definição de produto, de padrão de concorrência etc. Como a diferenciação do produto é a questão principal dessa indústria, o relator Pfeiffer sustenta a idéia de que *“bastariam poucas lojas com cláusula de exclusividade para que os shopping centers concorrentes não fossem capazes de montar um mix combativo a o mix do Iguatemi. No limite, bastaria não possuir uma loja de cada ramo para que alguns consumidores decidissem não ir ao shopping concorrente e sim ao Iguatemi...”*. Resulta

⁴⁷ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.55.

⁴⁸ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.56.

desse argumento a conclusão de que “*basta assim, demonstrar que a potencialidade de fechamento de mercado existe, principalmente em função de que a existência de tal cláusula implica no fato de que os concorrentes não serão capazes de diferenciar seu produto tanto quanto o Shopping Iguatemi é diferenciado*”⁴⁹, para caracterizar a infração econômica.

Autonomia da Vontade Versus Tutela da Livre Concorrência e Repressão ao Abuso do Poder Econômico

A representada apresenta um outro argumento baseado no princípio jurídico *pacta sunt servanda*, o qual afirma que a liberdade contratual é um princípio fundamental no direito civil moderno, enfatizando que quem exercita o próprio direito não prejudica ninguém. A representada assegura ainda que os contratos acertados entre os shopping centers e os lojistas são celebrados sob o princípio do mais amplo livre arbítrio, o que garante aos contratantes condição e oportunidade para defender seus interesses.

O conselheiro Pfeiffer rebate este argumento afirmando que o *pacta sunt servanda* não pode ser tomado em um sentido absoluto. Isso porque, no âmbito do direito privado, o princípio da autonomia da vontade vem sendo relativizado, mormente em litígios contratuais envolvendo partes intrinsecamente desiguais, condição evidente no processo em análise. Isso porque, em primeiro lugar, nos contratos de locação de shopping centers é o locador (a representada) que formula as condições gerais garantindo, assim, maior poder de barganha. Em segundo lugar, o shopping em questão é o Iguatemi, o qual ocupa posição dominante no mercado relevante em que está inserido. Uma vez que esse shopping expõe suas condições de locação, o lojista enfrenta um *trade off*, tendo que abrir mão de algum tipo de liberdade para ali se instalar. O lojista tende a aceitar a imposição do Iguatemi, dada a importância de ter sua loja neste shopping, a maior referência nacional do setor.

Outro argumento exposto pelo relator Pfeiffer apóia-se na idéia de que mesmo na hipótese de a cláusula estar construída por ambas as partes e que estas contassem com as mesmas

⁴⁹ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.57.

condições de negociação, sobreviveriam alguns critérios que deveriam ser seguidos para garantir que a concorrência não fosse lesada.

A Inexistência de Racionalidade Econômica para a Exclusividade

Ainda na tentativa de justificar a racionalidade e a legitimidade da cláusula de exclusividade como ação empresarial, o Shopping Iguatemi desenvolve os argumentos descritos a seguir, todos refutados pelo conselheiro Pfeiffer, como se verá.

(i) a cláusula de exclusividade é necessária para equilibrar a relação contratual com o lojista, uma vez que este poderia, por qualquer razão, “privilegiar” um ponto de venda em empreendimento concorrente.

De acordo com o relator Pfeiffer, a hipótese de um lojista detentor de dois pontos de venda “privilegiar” um ponto de venda, em detrimento de outro, não encontra racionalidade econômica alguma.

(ii) a cláusula de exclusividade impede o lojista de *“mudar sua estratégia de “exclusivo” para “popular” e como tem direito ao ponto comercial, levaria o shopping a perder o “conceito” que estabeleceu para si como meta estratégica⁵⁰”*.

Na visão do conselheiro-relator do CADE, curiosamente, a cláusula de exclusividade é dirigida aos shopping centers que têm o mesmo “apelo” do Iguatemi. E ainda acrescenta que, caso fosse esse o intuito da representada, bastaria incluir no contrato uma cláusula proibindo a mudança de “conceito” por parte do lojista.

(iii) a prática de exclusividade é o que permite ao Iguatemi *“montar um conjunto de lojas diferenciado”* não sendo capaz de *“atrair parte significativa de público de outros shopping centers situados em áreas de influência distintas, em quantidade suficiente para inviabilizar suas operações – dado que a localização é o fator mais importante⁵¹”*.

⁵⁰ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.63.

⁵¹ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.64.

Nesse caso, o conselheiro Pfeiffer aponta a contradição existente no argumento da representada uma vez que o próprio Iguatemi já havia argumentado anteriormente que *“parte substancial dos seus freqüentadores provém ou têm como destino as áreas adjacentes ao Jardim Sul, e que a cláusula se funda no legítimo interesse que tem o empreendedor de proteger o fundo de comércio do shopping contra a concorrência que seus próprios parceiros possam eventualmente fazer-lhe”*⁵².

(iv) a cláusula de exclusividade funcionaria como uma maneira de o *tenant mix* do Iguatemi *“contra a possibilidade de seus concorrentes o copiarem, já que esse é o principal fator de concorrência entre os shopping centers”*⁵³.

Em relação a esse ponto, o relator Pfeiffer sublinha que a literatura econômica não entende a cópia como algo danoso à economia. Pelo contrário, a estratégia de copiar é vista como uma das possíveis estratégias de atuação de uma firma. Força a empresa “copiada” a tentar inovar e diferenciar seu produto, continuamente, o que por fim se mostra benéfico para o consumidor final e para a sociedade como um todo.

(v) para o Shopping Jardim Sul, o Iguatemi alega que a cláusula de exclusividade não seria capaz de produzir efeitos danosos, uma vez que aquele shopping integra o grupo Camargo Corrêa, *“o que seria suficiente, por si só, para contornar as dificuldades decorrentes da restrição”*.

No modo de ver do conselheiro Pfeiffer *“todos os shopping centers estão de alguma forma ligados a grandes grupos. A dificuldade ou não de acesso a fonte de insumos (neste caso, a possibilidade de ter determinadas lojas em seu shopping) nada tem a ver com o porte dos concorrentes. O fato de a Representante ser ligada ao Grupo Camargo Corrêa não melhora nem piora as condições de acesso aos lojistas, às quais qualquer empreendedor de qualquer shopping está sujeito”*⁵⁴.

(vi) a cláusula de exclusividade seria uma estratégia importante para reduzir custos de transação e para evitar condutas oportunistas, algo relevante para defender investimentos

⁵² Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.64.

⁵³ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.65.

⁵⁴ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.67.

não recuperáveis (como os dirigidos a marcas e tecnologia), bem como “*para proteger ativos específicos, sendo uma forma de o lojista comprometer-se com o sucesso do shopping center*”.

Nesse caso, o relator Pfeiffer sustenta que na relação entre shopping e lojista “*realmente existe algum interesse na continuidade da relação, visto que existem alguns custos de transação ligados à alta rotatividade de lojistas em um shopping*”⁵⁵. Contudo, o próprio contrato de locação poderia “*vir a dar conta desse problema, dado que existem salvaguardas e multas previstas no caso de ruptura de relação, e que criam incentivos para que as partes estabeleçam a continuidade da relação.*”⁵⁶.” Quanto ao comprometimento com o sucesso do shopping, por numerosos motivos, como, por exemplo, o círculo virtuoso do “negócio shopping center”, fica óbvio que esse é um interesse comum ao shopping (administrador) e ao lojista.

Apreciação da Cláusula como Convenção de não Concorrência

O último argumento significativo utilizado pela representada e descrito no parecer, está em equiparar a cláusula de exclusividade que emprega em seus contratos a uma cláusula de não concorrência. Isso é o Iguatemi afirma que sua relação com os lojistas seria uma relação de parceria e de junção de esforços, a exemplo de uma *join venture*. Todavia, na maneira de ver de Pfeiffer, a relação vertical entre a administradora do shopping e os lojistas retira dessa relação o caráter clássico de parceria (comunhão de interesses). O conselheiro adverte, ainda, que apesar dos dois agentes envolvidos no processo compartilharem alguns interesses, estes são insuficientes para caracterizar uma sociedade ou qualquer espécie de *join venture*. A própria caracterização do mercado de shopping centers como sendo um mercado de dois lados, já exposta anteriormente, sugere que o lojista é mais um cliente do que um parceiro do shopping. Assim, o parecerista acentua que mesmo que a cláusula em questão fosse uma cláusula de não concorrência, para ter validade, ela teria que cumprir as condições estabelecidas pela doutrina e jurisprudência, a saber: (i) a acessoriedade; (ii) a imprescindibilidade para a viabilidade do negócio (o que remete à necessidade da existência de um interesse legítimo); e (iii) a limitação temporal e espacial. Exemplos da não

⁵⁵ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.70.

confirmação dessas condições são a forma de remuneração (aluguel fixo e variável), que protege apenas ao locador, e o fato de a cláusula em questão ser estendida não apenas à marca específica da loja, mas a todos os negócios desenvolvidos pelo lojista.

Tipificação da Conduta Praticada pelo Representado como Infração a Ordem Econômica

A partir da análise do contrato de exclusividade e dos argumentos utilizados pelo Shopping Iguatemi em sua defesa, conselheiro-relator do CADE Roberto Augusto Pfeiffer conclui que tal conduta configura uma infração da ordem econômica. Em suas palavras:

“De todo o exposto, entendo que a conduta praticada pelos representados é perfeitamente passível de enquadramento nos tipos descritos no art. 20, incisos I e II da lei nº8.884/94 . Cumpre, inicialmente, salientar que o artigo 20 da lei nº8884/94 estabelece que, para a configuração de uma infração contra a ordem econômica, basta a potencialidade de um ato para gerar algum dos efeitos nele descritos...assim, não se exige a comprovação de que os efeitos foram efetivamente atingidos, mas apenas que possuíam o potencial de sê-lo⁵⁶”.

O conselheiro Pfeiffer sustenta ainda que *“ao impor a cláusula de exclusividade, a Representada subverteu a lógica inerente à autonomia da vontade típica das economias de mercado, impedindo que os lojistas possam voluntariamente instalar-se em outros shopping centers que ela identificou como concorrentes. Com isto, além de prejudicar os lojistas, que vêem a sua possibilidade de expansão limitada, ela também trouxe limitações e prejuízos aos shopping centers por ela identificados como concorrentes, uma vez que os impede de contratar uma série de lojistas para compor um tenant mix mais diversificado⁵⁷”*. O relator conclui, ainda, que a representada abusou também de posição dominante, isso é que foi a posição na qual o Iguatemi se encontra o que lhe permitiu impingir cláusulas de exclusividade a seus lojistas. Por último, o conselheiro Pfeiffer entende que a conduta fere os princípios estabelecidos no art.21, incisos IV e V da lei nº8.884/94, quais sejam: *“limitar*

⁵⁶ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.70.

⁵⁷ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.80.

⁵⁸ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.81-82.

ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (inciso IV) e; criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (inciso V)⁵⁹.”

Sanções Aplicadas e demais Determinações

O conselheiro Pfeiffer impõe tanto ao condomínio Iguatemi quanto à empresa Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.(administradora) multa equivalente a 1% do faturamento bruto anual de ambos os agentes, considerando como base o ano anterior ao ano da instauração do processo administrativo.⁶⁰.

O conselheiro-relator Pfeiffer decretou, ademais, a imediata cessação da infração, devendo a representada comprovar que realizou a modificação e proibiu qualquer medida punitiva em relação aos locatários que tenham descumprido a aludida cláusula de exclusividade. Por último, o relator determinou a publicação, às expensas da representada, do extrato descritivo da decisão condenatória no jornal diário de maior circulação de São Paulo, por um período de dois dias consecutivos, em duas semanas consecutivas.

b) Caso Alshop vs. Iguatemi P.A nº 08012.006636/1997-43 (aplicação de cláusula de raio; parecerista Rigato):

Dadas as particularidades do processo examinado pelo conselheiro Rigato (aplicação de cláusula de raio) relativamente ao voto apresentado pelo conselheiro Pfeiffer (acordo de exclusividade simples), o desenvolvimento da análise comentada a seguir segue novos caminhos e traz novos fatores à baila, como, por exemplo, a relação da representada com o comércio de rua, o tamanho do raio estipulado etc.

⁵⁹ Voto do conselheiro-relator Pfeiffer no P.A. nº 08012.00001/98-82, p.84.

⁶⁰ O parecerista utiliza o inciso I do art.23 da lei 8.884/94 como fundamento da aplicação destas multas.

Efeitos da Conduta da Representada

De acordo com o conselheiro Rigato, a SDE havia concluído, em seu parecer, que as cláusulas de raio adotadas pelo Iguatemi são razoáveis, não constituindo infração à concorrência. A secretaria baseou essa conclusão no argumento de que a cláusula em questão atinge apenas ao shopping Eldorado localizado a mil metros da representada, enquanto há outros shopping centers concorrentes no mercado relevante, para os quais os lojistas poderiam se deslocar, em caso de necessidade de expansão dos negócios.

Na visão do relator Rigato tal conclusão é incorreta, uma vez que desconsidera o fato de as cláusulas de raio atuarem em concomitância com os acordos de exclusividade explícitos aplicados pelo Shopping Iguatemi a outros shopping centers de alto padrão localizados na cidade de São Paulo. Rigato entende, ainda, que os efeitos da cláusula de raio podem ser mais nocivos à concorrência do que um acordo de exclusividade simples, dado que inclui não somente os shopping centers abrangidos pelo critério de raio utilizado, mas também o comércio de rua.

Por seu turno, a representada alega que a cláusula de raio tem como finalidade prevenir condutas oportunistas (*free-riders*), argumento que do ponto de vista de Rigato cai por terra uma vez, que outros shopping centers administrados pelo mesmo grupo que controla a representada utilizam cláusulas de raio de três ou até cinco mil metros. Isso indica que não se trata de um procedimento padronizado para evitar (*free-riders*), mas cláusulas de exclusividade estipuladas ao livre arbítrio da administradora (tamanho do raio definido em consonância com a localização do concorrente que se quer atingir), com intuito de impossibilitar determinados concorrentes de abrigar lojas já instaladas no Iguatemi.

A Questão da Razoabilidade da Cláusula de Raio sobre o Comércio de Rua

A representada alega, para além do argumento das condutas oportunistas, que a ausência de acordos de exclusividade provoca “*efeitos nefastos aos lojistas (desvio de clientela e redução de tráfego/oportunismo), ao shopping center (perda de faturamento), ao consumidor (monopólio e redução de opções de preço) e ao mercado (padronização,*

redução de concorrência e barreiras à entrada de novos lojistas)⁶¹”. Ou seja, a ausência da cláusula de raio produz shopping centers padronizados no que diz respeito ao *tenant mix*, reduzindo a oferta de lojas e griffes.

Quanto ao argumento de oportunismo, o conselheiro-relator Rigato apresenta a idéia de que lojas de marca (caso da maioria das lojas estabelecidas no Iguatemi) se orientam por um padrão de preços. Se assim é, a abertura de um outro ponto comercial (fora do Iguatemi) visando atrair clientes mediante a prática de preços inferiores aos praticados por sua congênere estabelecida no Iguatemi não parece ser uma estratégia muito razoável. Tal estratégia, muito provavelmente, implicaria a desvalorização da própria marca do lojista. Outro fato que carece de demonstração empírica está na hipótese de que o público freqüentador de um shopping de alto padrão tende a pesquisar preços em suas lojas, nas lojas localizadas na circunvizinhança, para em seguida efetivar suas compras.

A Questão da Razoabilidade da Cláusula de Raio sobre Shopping Centers

No que diz respeito à concorrência entre shopping centers, de acordo com o conselheiro Rigato, o argumento da conduta oportunista não encontra respaldo algum, visto que todos os serviços e externalidades oferecidos pelo Iguatemi devem também ser oferecidos pelo shopping concorrente. Não há, tampouco, nenhuma evidência de que um lojista com lojas em dois shopping centers reduza esforços de venda ou beneficie qualquer uma das unidades.

Seguindo parecer econômico elaborado por consultores contratados por um shopping concorrente da representada, o relator Rigato relaciona as condições que justificariam uma cláusula de raio como “método” de proteção de condutas oportunistas por parte de outros shopping centers. Essas seriam: (i) *“uma parte significativa dos consumidores freqüentadores de shopping centers mostrar-se propensa a dividir suas atividades de compras em duas etapas – a escolha das mercadorias a serem adquiridas e a compra propriamente dita; (ii) os custos de deslocamento entre os dois shopping centers serem desprezíveis; (iii) os custos de operação de estabelecimentos comerciais serem*

⁶¹ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.24.

significativamente distintos entre os dois shopping; (iv) os lojistas que possuem estabelecimentos nos dois shopping centers praticarem preços sistematicamente diferentes em cada estabelecimento e manterem os consumidores bem informados acerca destas diferenças⁶²”. Como se pode observar, é quase impossível que tais condições se confirmem, situação que se aplica ao processo em análise.

De acordo com o conselheiro-relator Rigato, a concorrência entre shopping centers se faz nos serviços oferecidos, no marketing, no *tenant mix*, na composição de um ambiente agradável, em síntese, na capacidade de diferenciação vertical. Ainda segundo Rigato, a cláusula de raio promove uma condição artificial de diferenciação de produto, que ao contrário do que defende a representada, prejudica o processo concorrencial. Em suas palavras: *“ora, a liberdade conferida ao lojista de se instalar em qualquer shopping concorrente... tende a ser mais um elemento para estimular a concorrência entre shopping centers, que deverão reforçar seus esforços para oferecer os serviços que fazem do negócio shopping center um atrativo aos consumidores e lojistas”⁶³.*

Conclusão e Efeitos da Cláusula de Raio no Presente Caso

Pelos motivos antes expostos o conselheiro Rigato entende, contrariando parecer da SDE, que a cláusula de raio aplicada pelo Shopping Iguatemi constitui infração à concorrência. Assim, conclui que *“a cláusula de raio, para o caso concreto, não se afigura razoável, nem lícita. Inicialmente, por não haver livre concorrência fora do raio. Além disso, por não ter razoabilidade quanto à inclusão de shopping centers concorrentes em sua abrangência. Finalmente, por não haver demonstração por parte da Representada, de que os efeitos negativos ao ambiente concorrencial sejam compensados por efeitos positivos não restritos à sua esfera privada⁶⁴”.*

⁶² Apud, voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.28.

⁶³ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.29.

⁶⁴ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.32.

A Reincidência

O conselheiro-relator do caso em questão entendeu que a conduta (aplicação de cláusula de raio), além de constituir por si só uma infração à ordem econômica, está praticada por uma representada reincidente em práticas anticompetitivas. Nesse caso refere-se ao Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82 (examinado anteriormente) em que a representada foi condenada por infração à ordem econômica. Assim, no caso avaliado, o conselheiro Rigato estabelece a hipótese de reincidência, prevista no art.27, VIII da lei 8.884/94. Como a lei antitruste não regula em detalhes o instituto da reincidência, Rigato tomou como base teórica o Código Penal que regula o instituto da reincidência, analogia preconizada na Lei de Introdução ao Código Civil. Em consequência, conclui que a verificação da recorrência implica no aumento de 100% da multa a ser aplicada.

Proposta de Termo de Compromisso de Cessação de Prática (TCC)⁶⁵

A representada apresentou proposta de TCC para o presente processo. Tal proposta previa, em síntese, que a representada se obrigaria a alterar os contratos de locação com lojistas, reduzindo o alcance das cláusulas de raio para 2.000 metros e garantindo a não coexistência de cláusulas restritivas para os shopping centers situados dentro da cláusula de raio. A TCC ainda propunha reduzir em 10% o número de lojas com a cláusula de raio em seus contratos. O conselheiro Rigato entendeu que as alterações propostas não modificavam os efeitos reais ou potenciais da conduta. Em suas palavras: *“entende-se, que a presente proposta de transação administrativa (TCC) não deve ser aceita pelo plenário do CADE, pois não há conveniência e oportunidade em sua celebração⁶⁶”*.

⁶⁵ Instrumento que, se acordado pelo CADE, permite que a representada investigada por conduta anticompetitiva suspenda o processo em que está implicada.

⁶⁶ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.35.

Conclusão dos Votos

Do mesmo modo que o relator do processo anteriormente focalizado, o relator Rigato concluiu que o Shopping Iguatemi incorria em práticas danosas à concorrência. Nesse sentido afirma: *“por todo o exposto, rejeito a proposta de TCC formulada pela Representada e conheço do presente recurso de ofício em processo administrativo, considerando a Representada como incurso nos incisos IV e V do art.21 c/c com o art.20 e inciso I, ambos da Lei 8.884/94”*⁶⁷. Determinou ainda como sanção pecuniária o pagamento de multa de 2% do faturamento bruto anual do shopping, com base no ano anterior à instauração do processo de administrativo. Por fim, estabeleceu a necessidade de imediata cessação da infração e da modificação dos contratos de locação vigentes, excluindo destes a cláusula de raio.

III.4- Convergências entre os Votos dos Conselheiros

Como visto anteriormente, os dois votos focalizados seguem roteiros analíticos bastante similares. Tendo em vista tal circunstância, esta seção tem como objetivo resumir e explicitar os pontos de convergência mais relevantes presentes em ambos os votos, sublinhando os principais argumentos pró-acordo de exclusividade levantados pela representada e os contra-argumentos interpostos pelos conselheiros-relatores.

Argumento/contra-argumento nº. 1

- Em ambos os casos, o principal argumento apresentado pelo Iguatemi apóia-se na hipótese de que o acordo de exclusividade (tanto o simples como a cláusula de raio) é importante para evitar possíveis condutas oportunistas por parte dos lojistas.
- Os dois conselheiros relatores alegam ser improvável que um lojista instalado no Iguatemi adote uma estratégia oportunista em relação ao mesmo. Isso porque não parece razoável que o dono de uma marca procure favorecer uma de suas filiais em detrimento das demais. Além disso, enfatizam que as externalidades positivas

⁶⁷ Voto do conselheiro-relator Rigato no P.A nº 08012.006636/97-43, p.35.

geradas pelo shopping não podem ser compartilhadas com agentes não instalados no mesmo.

Argumento/contra-argumento nº 2

- Outro argumento reforçado pela representada é a idéia de que o acordo de exclusividade (tanto o simples como a cláusula de raio) evita que os shopping centers rivais adotem a conduta oportunista de copiar o *tenant mix* do Shopping Iguatemi. Soma-se a isso a alegação de que a estratégia de diferenciação do produto desenvolvida pelo Iguatemi é legítima e deve ser recompensada.
- Ambos os relatores afirmam que a literatura econômica não vê a cópia como algo danoso à economia, pelo contrário, considera a cópia como uma rotina que impulsiona o mercado em direção a outras inovações. Quanto à estratégia de diferenciação de produto os conselheiros defendem o ponto de vista de que esta é de fato um objetivo legítimo. Todavia, entendem que a diferenciação do produto deve ser alcançada por meios não artificiais (inovações, promoções, geração de ambientes agradáveis etc.) e não pela imposição de uma barreira artificial que limite a escolha de *tenant mix* de seus concorrentes.

Argumento/contra-argumento nº 3

- A representada apresenta o argumento de que o acordo de exclusividade é importante para proteger os investimentos (necessidade de grande volume de capital inicial) e para garantir, ainda, um prêmio para o agente que foi pioneiro e que arcou com os riscos e incertezas de um negócio então inexplorado.
- Os conselheiros contestam esse argumento afirmando que, para proteger um investimento, as cláusulas de exclusividade devem ser limitadas (tempo e abrangência necessários para garantir o retorno), fato não observado nas condutas estudadas. Além disso, uma vez que a representada detém expressivo poder de mercado no mercado relevante em consideração, não há a necessidade de se praticar condutas de salvaguarda, como as adotadas. Quanto ao prêmio pelo pioneirismo,

ambos os votos sublinham que fatores como a consolidação da marca, conquista de mercado e ganhos de aprendizado constituem vantagens suficientes para tornar o pioneirismo atrativo, mesmo com os riscos nele envolvidos.

Conclusão

Como visto, no Brasil, embora o direito da concorrência tenha sido introduzido na Constituição em 1946, as políticas antitruste começaram a ser efetivamente implementadas apenas em meados da década de 1990, com a promulgação da lei antitruste (Lei 8.884/94), a qual determina a repressão ao “...*abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário de lucros.*” (Constituição, art.173, §4º). Esta monografia sugere que, no caso brasileiro, apesar de tardias, tanto as instituições responsáveis pela defesa da concorrência, quanto a prática da defesa da concorrência em si, têm se desenvolvido significativamente, aproximando-se do quadro encontrado nos Estados Unidos da América e na União Européia.

Vale ressaltar que o Brasil foi seguidor do modelo norte-americano de políticas antitruste que, em meados da década de noventa praticava uma política de defesa da concorrência fundada predominantemente na *regra da razoabilidade*. Portanto, é possível afirmar que o critério de análise *per se* nunca foi, de fato, incorporado pela tradição brasileira de defesa da concorrência.

Os estudos de caso apresentados no terceiro capítulo revelam, em alguma medida, como funciona a defesa da concorrência no Brasil, de maneira geral no que se refere às rotinas burocráticas adotadas e, em particular, no que diz respeito à tradição teórica que sustenta os argumentos apresentados pelos pareceristas.

A comparação entre os casos estudados encontra similitudes e diferenças na abordagem dos pareceristas, estas últimas decorrentes do fato de os dois pareceres referirem-se a acordos de exclusividade distintos (simples e cláusula de raio). É importante sublinhar que o voto de relator do primeiro caso apresenta um maior aprofundamento da análise e do tratamento das

questões polêmicas, comparativamente ao voto do segundo caso, o que parece refletir a circunstância de o conselheiro relator deste último já dispor de material do CADE tratando de assunto similar. Como visto, os dois pareceres focalizam acordos de exclusividade praticados por um mesmo agente econômico: o Shopping Iguatemi. Assim sendo, ao que tudo indica, o segundo parecerista serve-se de argumentos já utilizados e aceitos pelo CADE, quando do julgamento do primeiro caso.

O desenvolvimento da prática de defesa da concorrência e o acúmulo de experiência por parte dos órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência podem funcionar positivamente no sentido de fortalecer um quadro de referência, sólido o bastante, para que as controvérsias nesse campo possam ser solucionadas por decisões mais ágeis e mais justas. É necessário, no entanto, atentar para o perigo de se gerar uma jurisprudência dominante que, no limite, possa estimular uma política de defesa da concorrência baseada no critério de análise *per se*.

Sublinhe-se que acúmulo de experiência no campo da defesa da concorrência no país vem conformando um quadro de referências que tende a balizar as decisões dos agentes quanto à conveniência de se adotar determinadas condutas. De fato, uma vez que os processos de defesa da concorrência (associados a algum tipo específico de conduta ou ato de concentração) se multipliquem e gerem resultados coerentes entre si, consolida-se uma espécie de “guia de conduta” para os agentes privados. Em outras palavras, os agentes passam a conhecer os riscos associados a determinadas condutas, visto que os órgãos de defesa da concorrência já produziram sinais claros sobre a probabilidade dessas mesmas condutas serem, ou não, condenadas.

A análise dos votos discutidos no terceiro capítulo indica, ainda, que condutas como as praticadas pelo Iguatemi têm forte chance de serem consideradas práticas anticompetitivas. Para uma empresa em posição dominante, como o Iguatemi, que atua em um mercado relevante com numerosas barreiras à entrada, fica difícil justificar uma conduta que prive seus rivais de acesso ao principal elemento (lojas de marca) do negócio shopping center de alto padrão (mercado relevante em questão). Na concepção dos conselheiros-relatores tal

conduta poderia ser justificada apenas se as condições fossem outras, por exemplo, empresa entrante, com pouco poder de mercado em um mercado altamente concentrado, adotando cláusulas menos abrangentes com limitação temporal.

As considerações anteriores sugerem que a coerência do CADE, no julgamento das duas condutas estudadas (acordo de exclusividade simples e cláusula de raio), propiciou a definição de parâmetros no campo da economia e do direito que desestimulam o desenvolvimento/adoção de estratégias comerciais lesivas à concorrência.

Finalmente, resta sublinhar que, mesmo considerando as diferenças entre os pareceres estudados, foi possível constatar que os votos dos dois conselheiros se mostraram coerentes em relação à teoria econômica que discorre sobre a defesa da concorrência. Esse é um indicador de que o país se encontra na direção correta, quando se trata de garantir mercados imunes a práticas anticompetitivas geradoras de ineficiências.

Referências Bibliográficas

CADE/MJ (1999). Resolução nº 20/99. Revista do Ibrac, São Paulo, vol. 6, nº 1.

COMANOR, W.S., REY, P. (1997). Competition Policy towards Vertical Restraints in Europe and United States. *Empirica*, 24. Netherlands. Kluwer Academic Publishers, 1997. p. 37-52.

DEPARTMENT OF JUSTICE/FEDERAL TRADE COMMISSION (1992). *Horizontal Merger Guidelines: 1992*.

FAGUNDES, J.; PONDE, J.L. (2002). Custos de Transação e Impactos sobre a Política de Defesa da Concorrência. In: POSSAS, M. L. (Org.). *Ensaaios sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo, Singular, 2002. cap.6, p.161-188.

FIANI, R. (2002). Teoria dos Custos de Transação. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. cap.12, p. 267-286.

HOVENKAMP, H (1994). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition its Practice*. St. Paul, West Publishing, 1994.

KUPFER, D. (2002). Barreiras Estruturais à Entrada. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro, Elsevier, 2002. cap. 6, p.109-128.

MARVEL, H. (1982). Exclusive Dealing. *Journal of Law & Economics*, XXV (april, 1982). Chicago. p. 1-25

MATSUMURA, E.H., MELLO, F.M. (2005). Guia de Análise de Práticas Anticompetitivas: Restrições Verticais. Relatório Final de Projeto. Área I/Sub-Área I.3/ Estudo 2. Convênio ANPEC/IPEA/SDE. Brasília, abril de 2005.

MEEHAN Jr., J. W; LARNER, R. J.(1981). “A proposed rule of reason for vertical restraints on competition”. *The Antitrust Bulletin*, 27 (Summer), p.195-225.

MELLO, M.T.L. (2002). Defesa da Concorrência. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, L. (Org.). *Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2002. cap. 21, p. 485-513.

MELLO, M.T.L.; POSSAS, M.L. (2002). Direito e Economia na Análise de Condutas Anticompetitivas. In: POSSAS, M. L. (Org.). *Ensaaios sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo, Singular, 2002. cap.5, p.135-160.

ORNSTEIN, S. I.(1989). “Exclusive dealing and antitrust”. *The Antitrust Bulletin*, 34 (Spring), p. 65-98.

PFEIFFER, R. A. C. (1997). *Voto do Conselheiro do CADE: Processo Administrativo nº 08012.009991/98-82*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em julho de 2009.

_____. (2001). *Voto do Conselheiro do CADE: Processo Administrativo nº 08012.002841/2001-13*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em julho de 2009.

POSSAS, M.L. (2002). Os Conceitos de Mercado Relevante e de Poder de Mercado no Âmbito da Defesa da Concorrência. In: POSSAS, M. L. (Org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo, Singular, 2002. cap.3, p.75-96.

POSSAS, M. L., FAGUNDES, J., PONDE, J. L. (2003) Acordos de Exclusividade: o caso Philip Morris vs. Souza Cruz. In: MATTOS, C. (Org.). *A Revolução Antitruste no Brasil*. São Paulo, Singular, 2003. cap.13, p 315-346.

RIGATO, L. F. R. (1997). *Voto do Conselheiro do CADE: Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43*. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/>> Acesso em julho de 2009.

SCHUARTZ, L.F. (2002). O Direito da Concorrência e seus Fundamentos. In: POSSAS, M. L. (Org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo, Singular, 2002. cap.2, p.33-74.

VISCUSI, W. K; VERNON, J. M; HARRINGTON, J. E. (1995). *Economics of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press, 1995.

WILLIAMSON, O. E. (1985). *The Economics Institutions of Capitalism: firms, markets, relational contracting*. New York, The Free Press, 1985.

_____. (1996). *The Mechanisms of Governance*. New York, Oxford University Press, 1996.